



CAMILA BONIN ANNUNZIATO

A ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA PARA DIMINUIR A MOROSIDADE DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito, na
área de Ciências Jurídicas
Empresariais.

Orientadora:

Doutora Maria Helena Brito, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Fevereiro de 2015



CAMILA BONIN ANNUNZIATO

A ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA PARA DIMINUIR A MOROSIDADE DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito, na
área de Ciências Jurídicas
Empresariais.

Orientadora:

Doutora Maria Helena Brito, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Fevereiro de 2015

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI-PLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 16 de fevereiro de 2015

AGRADECIMENTOS

Especial gratidão à Prof^a. Doutora Maria Helena Brito, minha orientadora, pela cooperação incessante em todos os momentos, além da compreensão, paciência e atenção neste período.

À minha família, principalmente à minha mãe, à minha madrinha e aos meus avós, pelo constante apoio e motivação em todos os momentos, obrigada por serem minha base para tudo, sempre acreditarem em mim e não me deixarem desanimar com os obstáculos no caminho.

Aos meus amigos e colegas, por me acalmarem em momentos estressantes e me ajudarem a manter o foco no que realmente importa, em especial Flávia Meneguel, Thyago Bertoldi, Paula Juliana Fernandes, Prof. Fernando Brêda, Margarida Valadão e João Frazão, que fizeram o possível e o impossível para me ajudar nessa conquista.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para que este trabalho alcançasse sua finalidade.

“Todas as grandes coisas são simples. E muitas podem ser expressas numa só palavra: liberdade; justiça; honra; dever; piedade; esperança”.

(Winston Churchill)

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

Todas as fontes utilizadas são citadas em nota de rodapé, através dos números inseridos em expoente no texto e que remetem para as mesmas.

A primeira citação incluiu o(s) nome(s) do(s) autor(es) e o título completo do documento, além de todas as informações relevantes, tais como são dados na lista de referências bibliográficas, seguidos do número da página citada.

A segunda citação e as seguintes reduzem-se ao sobrenome do(s) autor(es) e ao ano de publicação da obra seguida dos números das páginas citadas.

No final, aquando das referências bibliográficas, as obras são referidas em atenção às normas portuguesas (NP 405), indicando-se aquelas por ordem alfabética, tendo em conta o sobrenome dos autores.

A dissertação foi inteiramente redigida nos padrões do português do Brasil, de acordo com o novo acordo ortográfico.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

CONJUR – CONSULTOR JURÍDICO

CPC – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

DL – DECRETO-LEI

IBA – INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

IBDP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL

ICJBRASIL – ÍNDICE DE CONFIANÇA NA JUSTIÇA BRASILEIRA

LDA – LEI DE ARBITRAGEM

PL – PROJETO DE LEI

PLC – PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECLARAÇÃO DE CARACTERES

Declaro que o corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 199.968 caracteres.

Lisboa, 16 de fevereiro de 2015.

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto o estudo da arbitragem, meio de resolução alternativo de litígios, como uma hipótese para reduzir as demandas iniciadas no Judiciário e com isso sua morosidade.

A presente pesquisa inicia-se com a abordagem dos direitos fundamentais, ressaltando sua positivação, importante para a diferenciação entre estes e os direitos humanos, as dimensões dos direitos fundamentais e, por fim, a análise das características desses, com ênfase a seu caráter de complementaridade e universalidade. Ato seguinte, a essa introdução, passa-se a dissertar sobre o acesso à justiça, importante direito fundamental, e, a fim de delimitar o papel do Poder Judiciário perante o tema, acerca dos problemas advindos da morosidade desse.

A seguir, trata-se das formas alternativas de resoluções de controvérsias, que, assim como a arbitragem, podem ajudar para a concretização de uma Justiça mais célere e eficaz.

Então disserta-se sobre a evolução histórica da arbitragem no Brasil, com destaques aos pontos responsáveis pelas características atuais do instituto, as quais são mais visíveis com a ratificação da Convenção de Nova Iorque e com a promulgação da Lei 9.307 de 1996. Também analisam-se as possíveis mudanças que advirão com a vigência do Novo Código de Processo Civil e do Projeto de Lei 7.108 de 2014 que vislumbra a alteração da Lei de Arbitragem.

Na sequência explana-se os principais atributos da arbitragem, tratando das peculiaridades da convenção de arbitragem, do papel do árbitro e dos aspectos da sentença arbitral.

Por derradeiro, elencam-se os motivos para o indivíduo optar pela arbitragem no lugar da petição ao Judiciário.

Palavras-chave: arbitragem, Lei 9.307/96, Acesso à Justiça, morosidade do Poder Judiciário, resoluções alternativas de conflitos.

ABSTRACT

This thesis is about arbitration, a form of alternative dispute resolution, as a solution for the slowness of the Brazilian Judiciary.

The paper starts with an approach of the fundamental rights, highlighting their positivation, important to distinguish them from human rights, the four dimensions of the fundamental rights and, lastly, the analysis of their features, emphasizing their characters of complementarity and universality. After, it starts to discourse about the “access to Justice”, an important fundamental right, and, to delimitate the role of the Judiciary and the problems related to solve cases in a reasonable amount of time.

Next, it exposes other alternative forms of dispute resolutions that, like the arbitration, can help to the concretization of a faster and more effective Justice.

Then, it discusses the historical evolution of the arbitration in Brazil, highlighting the contemporary features of the institute, which were more visible with the ratification of the New York Convention and the promulgation of Law nº 9.307/1996. In addition, it analyses the possible changes that will come with the New Brazilian Procedure Law Code and the PL 7.108/2014, intended to change the current Arbitration Law.

It also explains the main arbitration attributes, describing the peculiarities of the arbitral convention, the arbitrator role, and the arbitral award aspects.

At least, it lists the main reasons someone should choose arbitration instead the Judiciary, considering the Brazilian Courts reality.

Keywords: arbitration, Law 9.307/96, Access to Justice, Judiciary slowdown, alternative dispute resolutions.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho adotará como instrumentos de pesquisa a análise de pesquisas bibliográficas teóricas, o exame de artigos encontrados nos ramos das ciências sociais, doutrinas clássicas e inovadoras do direito constitucional, bem como a utilização dos dispositivos legais provenientes da Constituição Federal de 1988, da Lei de Arbitragem Brasileira e do Código Civil.

A escolha deste objeto de pesquisa teve influência na necessidade de uma alternativa para acomodar os melhores interesses da população. O tema tem sua importância pelo papel que o Estado exerce na vida das pessoas que muitas vezes acaba se tornando muito abstrato. Assim como, mostrar a necessidade de assegurarem-se os direitos fundamentais, direitos estes de suma importância para uma vida plena e digna.

A morosidade do Poder Judiciário já é, há muito tempo, uma questão de importância substancial para a população brasileira, que está cada dia mais descrente da possibilidade de ter seus litígios solucionados de forma justa e eficaz. Enquanto a quantidade excessiva de demandas impossibilita os juízes de julgá-las em tempo hábil, essa quantidade também não lhes dá o tempo necessário para analisar cada caso com o cuidado e a atenção que a este devem ser remetidos.

Um papel importante do Poder Judiciário é o de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, atuando como garantidor da plena eficácia destes. O Título II da Constituição Federal de 1988 versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais. Neste Título estão compreendidos os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos. Já é notável sua importância pelo fato de receberem previsão constitucional. São eles necessários para prover uma vida digna e livre ao homem, como pessoa humana.

A morosidade do Sistema Judiciário brasileiro torna o princípio do acesso à justiça, um importante direito fundamental, devidamente protegido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que garante a todos o poder de levar seus conflitos para a apreciação do Poder Judiciário; ineficaz, já que este princípio implica não só o acesso ao Judiciário, mas a

possibilidade de ter seu litígio solucionado da forma mais justa e imparcial possível.

Este estudo procura dar ênfase na possibilidade de desafogar o Judiciário, através da escolha pela via arbitral, a qual poderá solucionar os conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis e, assim, permitir que a via judicial seja utilizada para casos que demandam uma maior atenção e tempo do juiz estatal.

Para que isso ocorra é preciso uma mudança da mentalidade da população brasileira, para que esteja cada vez mais ciente da existência de outras vias de resolução de litígios e de sua credibilidade.

2. O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O filósofo francês Montesquieu¹ surgiu com a teoria da separação dos poderes que atualmente reflete-se na estrutura de muitos países. A Constituição Brasileira adota esse regime e divide os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. A cada esfera do poder foi dado um papel, de modo que os poderes sejam limitados entre si e nenhum exerça um controle em excesso sobre a sociedade, ao Judiciário coube, através dos órgãos judiciários, a função de julgar os conflitos levados a ele através da interpretação das leis vigentes. O objetivo central é de defender os direitos dos cidadãos de uma forma justa, prezando para que seus direitos fundamentais sejam respeitados e possibilitando uma vida digna a todos.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Jorge Miranda:

Os direitos fundamentais, *prima facie* definidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa; ou, olhando logo às relações com o Estado, como direitos essenciais do cidadão.

(...)

Os direitos fundamentais, como todos os direitos, provêm da ordem jurídica, o que, entretanto, não quer dizer que o Direito positivo possa postergar o Direito natural, negando-os.²

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes a cada um, não necessitam que o ser humano faça nada para merecê-los ou possuí-los, são aqueles interesses juridicamente defendidos e considerados imprescindíveis. São positivados, integrando parte do patrimônio jurídico do Estado, sendo que este disponibilizará os instrumentos para defendê-los. Apenas existindo, o homem já os possui. São esses direitos que buscam fazer da vida do homem uma vida digna, livre e igual.

¹ “(...) **Montesquieu** (...) foi um político, filósofo e escritor francês. Ficou famoso pela sua teoria da separação dos poderes, atualmente consagrada em muitas das modernas constituições internacionais.” Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Montesquieu>> Acesso em: 12 fev.2015.

² MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais e Ordem Social**. In: MIRANDA, Jorge. Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais. 1. Ed. Estoril: Príncipe Editora, Lda., 2006, p. 61.

A sua força está presente no Título II da Constituição Federal de 1988, que os elencou e detalhou de modo a prever de forma direta e específica quanto a quais direitos fundamentais são tutelados pelo Estado. Em virtude das constantes mudanças pelas quais passam os direitos fundamentais, há sempre a possibilidade de aumentar o catálogo dos que já estão tutelados.

2.1.1 A positivação dos direitos fundamentais

Quando os direitos fundamentais passaram a ser inseridos nos textos políticos verificou-se o início da sua positivação. Aclara Canotilho:

A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais.³

Com isto, aos direitos fundamentais são atribuídos uma maior precisão, tendo em vista que, embora já fossem muitas vezes utilizados e aplicados no cotidiano das pessoas, tem-se um maior respeito quando notados nos textos constitutivos do Estado em questão.

Este processo possui quatro características marcantes. A primeira é a fundamentação, processo que atribui uma maior precisão e segurança aos direitos fundamentais – já que agora que previstos no texto constitucional eles não precisam ser deduzidos, constam expressamente ali. Em seguida, há a titularidade que garante direitos fundamentais a todos, sem discriminação, de uma forma abstrata. Outra característica é a de alcance espacial que limita a aquisição dos direitos fundamentais ao Estado. Por fim, há a sua natureza jurídica, que pode vir das declarações anteriores às Constituições, ou de emendas constitucionais complementando o texto original, ou de artigos do texto constitucional mesmo.⁴

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

⁴ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 207-208.

2.1.2 Direitos Fundamentais x Direitos Humanos

Muitas vezes a expressão “direitos fundamentais” é utilizada como sinônimo de “direitos humanos”, o que é um equívoco já que possuem significados diversos. Criticando a diferenciação entre as duas expressões, Fabio Comparato analisa a possibilidade do Estado suprimir ou criar novos direitos humanos, para que estes recebam proteção constitucional, e discorda dessa alternativa, para o autor os direitos humanos devem ser respeitados e protegidos como um todo, não dependendo de previsão no ordenamento estatal já que aqueles podem até mesmo ser usados contra o Estado em prol do ser humano. O autor é contra a teoria positivista e entende que o respeito à dignidade da pessoa humana aparece como principal finalidade aquando da busca pela vigência dos direitos humanos, estando as normas internacionais acima da norma constitucional de cada Estado, por serem aquelas mais favoráveis ao ser humano. Sobre a teoria positivista, disserta Comparato:

O que há, na verdade, em tal raciocínio, é a confusão entre o direito subjetivo propriamente dito, que é a pertinência de um bem da vida a alguém, e a chamada pretensão (*Anspruch*, na terminologia alemã), que é o modo, judicial ou extrajudicial, reconhecido pelo ordenamento jurídico, para garantir o respeito ao direito subjetivo. A ausência ou o não exercício da pretensão não significa, de modo algum, que não haja direito subjetivo.⁵

Por outro lado tem os defensores da diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, pensam estes que mesmo que os direitos fundamentais, por terem sempre como titular o ser humano, sejam sempre direitos humanos, estas expressões não se comunicam. Algumas vezes os direitos humanos elencados em determinado tratado internacional vão além do rol de direitos fundamentais presentes numa Constituição, e outras vezes acontece o contrário. O importante é perceber que, embora muito similares, são eles diferentes, e utilizar uma nomenclatura sem saber seu significado detalhado não seria certo.

Sobre a diferença semântica, Sandoval Alves da Silva ensina:

⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva. 2010, p. 70-80.

A maior parte da doutrina distingue direitos humanos e direitos fundamentais em função do caráter universal e da inserção no ordenamento jurídico de determinado Estado. Assim, os direitos humanos são universais, independentemente de sua inserção em constituições, leis e tratados, uma vez que se configuram como exigências de respeito à dignidade da pessoa humana, oponíveis aos poderes estabelecidos, oficiais ou não. Já os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas.⁶

Na mesma linha de raciocínio, diferencia Canotilho:

(...) **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁷

Os direitos fundamentais são aqueles que já estão positivados e reconhecidos no texto constitucional de determinado Estado e possuem como titular o ser humano. Já os direitos humanos, embora ainda possuam o mesmo titular, revelam um caráter universal, portanto, relacionados aos documentos de direito internacional, além de não dependerem de vinculação com nenhum texto constitucional vigente. Portanto, estes possuem um campo de alcance mais amplo e abrangente do que aqueles, já que os direitos fundamentais são os direitos explicitamente reconhecidos pelo direito positivo de determinado Estado.

Aclara Sarlet:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁸

⁶ SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais:** leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

⁷ CANOTILHO, 2002, p. 393.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 35-36.

Assim sendo, Sarlet remonta tamanha importância aos direitos humanos, também o faz André Ramos, quando afirma que os direitos humanos são uma resposta à “armadilha da positivação” decorrente do movimento de consolidação constitucional dessas garantias. Aqueles protegem os indivíduos que o Estado não reconhece como detentores de direitos humanos: vide o holocausto, momento no qual um líder político provocou um genocídio nazista que resultou na morte de, aproximadamente, seis milhões de judeus, além de ciganos, poloneses, comunistas, homossexuais, prisioneiros de guerra soviéticos e deficientes físicos e mentais. A partir deste pensamento nasce, inclusive, a natureza contramajoritária da disciplina.⁹

2.1.3 Características dos Direitos Fundamentais

É difícil configurar características para os direitos fundamentais, já que estão em constante alteração, além de serem tratados de formas diversas no interior dos Estados Democráticos, e, também, serem aplicados no caso concreto de formas diferentes devido à influência da cultura e da história de determinado lugar. Porém, as características mais mencionadas são, segundo Gilmar Ferreira Mendes: universalidade, historicidade, inalienabilidade, constitucionalização, vinculação dos poderes públicos e aplicabilidade imediata.

Os direitos fundamentais são universais e absolutos. Porém, esta universalidade deve ser compreendida com certas ressalvas já que existem direitos que têm a todos como titulares e existem direitos que se direcionam a um grupo específico de pessoas. No polo passivo das relações jurídicas que envolvem direitos fundamentais também não é sempre que existe uma universalidade, existindo casos que só podem obrigar o Estado. No caso da afirmação de eles serem absolutos, também se deve tomar cuidado, já que podem sofrer limitações quando afrontam outros valores constitucionais, até mesmo quando encontram outro direito fundamental no caminho.¹⁰

Os direitos fundamentais dependem do contexto histórico, só fazendo sentido naquela determinada época, com os costumes e hábitos que lhe fazem

⁹ Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 239-241.

referência. Além disto, os direitos fundamentais se alteram conforme as mudanças na trajetória histórica de determinado local.¹¹

São estes inalienáveis, ou seja, não permitem qualquer ato de disposição (jurídica ou material), seu titular não pode impossibilitar o exercício destes direitos por si mesmo. A tese da inalienabilidade é justificada relacionando os direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana, o homem é autoconsciente e livre, mas não possui liberdade para ter ou não dignidade, ele não pode se despojar disto. Analisando por este ponto de vista, nem todos os direitos fundamentais poderiam ser vistos como inalienáveis, mas apenas os que têm ligação direta com a potencialidade de autodeterminação humana. Os direitos fundamentais são, ainda, indisponíveis, o titular não pode abrir mão deles mesmo que eles possam ser limitados objetivando uma finalidade que respeite as normas constitucionais como, por exemplo, a limitação da liberdade de expressão para poupar segredos descobertos no exercício de uma profissão.¹²

Quanto ao aspecto da fundamentalidade formal, significa que os direitos fundamentais estão previstos no texto constitucional, sendo este o ponto diferenciador entre direitos fundamentais e direitos humanos, já que os primeiros possuem fundamentalidade formal e material, enquanto os segundos apenas possuem a fundamentalidade material. A fundamentalidade material prevê a existência de direitos fundamentais presentes também em outras Cartas. Segundo o artigo 5º, §§ 2º e 3º, o Brasil na verdade adota a teoria da fundamentalidade material, dando espaço a direitos humanos presentes em tratados e convenções internacionais para que estes também recebam o tratamento de direitos fundamentais, e ressaltando que o rol elencado de direitos fundamentais na CF não é exaustivo.¹³ Defendendo a ideia da existência da fundamentalidade material, Canotilho aborda:

(...) só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para:
(1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

¹² MENDES, 2008, p. 242-244.

¹³ ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. **Fundamentalidade dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/artigos/fundamentalidade-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 13 jan.2015.

formalmente fundamentais; (2) a aplicação a estes só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais.¹⁴

Outro aspecto é a vinculação dos poderes públicos. Os atos dos poderes constituídos devem respeitar os direitos fundamentais por estarem estes constitucionalmente previstos, sendo nulos quaisquer atos que não faça. Esta característica analisa a vinculação quanto aos três poderes.

Por fim, há a característica da aplicabilidade imediata. Existe para evitar que os direitos fundamentais existam na Constituição como letra morta ou que só ganhem eficácia através do legislador. O juiz não precisa que o legislador explique as normas constitucionais, ele pode simplesmente aplicá-las, podendo aplicar os direitos fundamentais mesmo quando contrários à lei. Porém, nem todos direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, precisando de complementação do legislador, como é o caso do direito à educação, o qual é especificado pelo artigo 205 da Constituição Federal para que atinja a eficácia plena.¹⁵

2.1.4 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são divididos em dimensões, esta classificação foi primeiramente utilizada em 1979 pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak,¹⁶ que, influenciado pelos ideais da Revolução Francesa, utilizou dos caracteres de liberdade, igualdade e fraternidade para compor as três dimensões de direitos fundamentais.

A primeira abrange os direitos civis e políticos, cuja origem remonta às doutrinas iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII.¹⁷ Existem para garantir um afastamento do Estado das relações privadas, para impedir o poder estatal de interferir nas relações dos particulares, sendo ele apenas um guardião

¹⁴ CANOTILHO, 2002, p. 379.

¹⁵ Cf. MENDES, 2008, p. 245-251.

¹⁶ “Vasak nasceu na Tchecoslováquia e foi estudar direito na França, onde decidiu se fixar após a invasão soviética ao seu país em 1968. Adquiriu nacionalidade francesa e trabalhou para o Conselho da Europa em vários cargos. (...) Em 1979, inspirado nos ideais da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), Vasak foi o primeiro a propor uma divisão dos direitos humanos em gerações.” Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Karel_Vasak>. Acesso em: 12 fev.2015.

¹⁷ SILVA, 2007, p. 22.

destas liberdades. São denominados direitos de cunho negativo ou liberdades públicas negativas já que são eles direitos de defesa que objetivam uma abstenção do Estado e não uma conduta positiva sua. Merecem maior atenção os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Sendo complementados por várias liberdades, assim como as liberdades de expressão coletiva, pelos direitos de participação política – são exemplos o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva – e, também, pelo direito de igualdade.¹⁸

Devido ao contexto industrial, que veio seguido por vários problemas sociais e econômicos, foram sendo deixadas de lado as políticas socialistas e o afastamento do poder estatal para reivindicar por um Estado mais participativo na realização da justiça social. Os direitos de segunda dimensão são de cunho positivo, já que não mais buscam um bloqueio à intervenção do Estado, mas uma participação estatal que preze pelo bem estar social do povo. Estes direitos permitem que as pessoas exijam a atuação e prestação do Estado (prestações sociais estatais), que este lhes dê condições de lazer, de saúde, de assistência social, de educação de trabalho, entre outras.¹⁹

Na terceira dimensão encontramos os denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, já que possuem um caráter universal e exigem uma comoção universal para sua efetivação, sendo agora o titular destes direitos o coletivo, o grupo de pessoas. Sendo direitos de titularidade difusa, eles se conectam com uma relação igualitária entre todos os seres humanos. Exemplos destes direitos são os direitos à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à comunicação, entre outros.²⁰

Alguns autores acreditam na necessidade da criação de mais dimensões para elencar os direitos fundamentais. Pode-se considerar uma quarta dimensão com proteção à democracia, ao pluralismo e à informação, cercada por uma participação do Estado de forma democrática, com respeito aos diferentes modos de pensar. Esta dimensão ainda não possui reconhecimento constitucional ou internacional, mas há de se salientar a sua possibilidade. Ela seria um resultado

¹⁸ SARLET, 2007, p. 56.

¹⁹ SILVA, 2007, p. 23.

²⁰ SARLET, 2007. p. 56-58.

da globalização dos direitos, composta pelos direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo.²¹

Norberto Bobbio defende a existência de uma quarta dimensão diferente, caracterizada pelos direitos associados à engenharia genética, o autor afirma:

(...) já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.²²

Bonavides ainda defende a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, nesta estaria enquadrado o direito à paz que antes fazia parte dos direitos de terceira dimensão. Segundo o autor, dado aos acontecimentos catastróficos como, por exemplo, de 11.09.2001 nos EUA, o direito à paz se elevou a um patamar de maior destaque, devido aos temores que assolam a humanidade, disserta o autor:

No mundo globalizado da unipolaridade, das economias desnacionalizadas e das soberanias relativizadas e dos poderes constitucionais desrespeitados, ou ficamos com a força direito ou com o direito da força. Não há mais alternativa. A primeira nos liberta, a segunda nos escraviza; uma é a liberdade, a outra, o cárcere; aquela é Rui Barbosa em Haia, esta é Bush em Washington e Guantánamo; ali se advoga a Constituição e a soberania, aqui se canonizam a força e o arbítrio, a maldade e a capitulação. A ética social da contemporaneidade cultiva a pedagogia da paz. Impulsionada do mais alto sentimento de humanismo, ela manda abençoar os pacificadores. Elevou-se, assim, a paz ao grau de direito fundamental da quinta geração ou dimensão.²³

Embora o STF ainda adote a teoria dimensional clássica advinda de Karel Vasak,²⁴ atualmente, há muitas críticas a respeito dessa classificação. André de

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

²² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.

²³ BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça n. 3, abr./jun, p. 82-93, 2008, p. 92.

²⁴ Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto

Carvalho Ramos critica a teoria geracional devido a quatro defeitos: devido à “substituição de uma geração por outra”, deveriam estar todos os direitos interligados e respeitados ao mesmo tempo; “a enumeração das gerações pode dar a ideia de antiguidade ou posteridade de um rol de direitos em relação a outros”; por “apresentar os direitos humanos de forma fragmentada e ofensiva à indivisibilidade”; e por trazer “novas interpretações sobre o conteúdo dos direitos”.²⁵

Para rebater esses defeitos é importante utilizar o termo dimensões e não gerações, é comum falar-se em gerações que os dividem, existindo desde uma primeira geração até, talvez, uma sexta geração. Porém, este termo muitas vezes empregado é muito criticado pela sua esfera terminológica.

[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.²⁶

O termo geração encerra um contexto de alternância, dando a impressão que acaba uma geração para começar outra, que os direitos fundamentais se substituem com o passar do tempo. Apresenta-se errônea esta ideia, já que os direitos fundamentais possuem um caráter de complementaridade, um não deixa de existir para que o outro ganhe eficácia, mas todos existem, são válidos e eficazes ao mesmo tempo. Além disso, o que se passa é a ampliação do catálogo, outros direitos fundamentais passam a ser integrados sem limitar ou excluir os já existentes.²⁷

O crítico da teoria André de Carvalho Ramos também rebate o criacionismo sem fim de novas dimensões e direitos já pertencentes a uma dimensão serem alterados para outra, mesmo com tudo isso, o autor entende que o caráter

valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. (STF, MS 22.164-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30.10.1995).

²⁵ RAMOS, André de Carvalho, 2014, p. 101-108.

²⁶ SARLET, 2007. p. 54.

²⁷ SARLET, 2007. p. 54.

didático da divisão é eficaz contanto que mantenha-se a proteção de todos os direitos como um grupo necessário para manter a dignidade da pessoa humana.²⁸

2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Já no seu preâmbulo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 institui um Estado Democrático, bem como, nos seus artigos 1º e 3º, delimita seus fundamentos e objetivos, respectivamente.²⁹ Com isto, o legislador constituinte ressaltou o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto como fundamento quanto como objetivo deste Estado Democrático, assim, certos princípios foram positivados e tiveram seu caráter de normas-princípios expressamente reconhecido, devido aos seus valores constitucionais, caráter este já implícito por força do art. 5º, §2º da CF.³⁰

Portanto, a Constituição de 1988 utilizou dos direitos fundamentais como meio de guiar a compreensão e interpretação do texto constitucional, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Resume Gisele Cittadino:

²⁸ RAMOS, 2014, p. 108.

²⁹ BRASIL, Constituição (1988). “Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna [...] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 nov.2014.

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Se o preâmbulo da Constituição define os “valores supremos” da Nação, o Título I (Dos Princípios Fundamentais) se encarrega de positivá-los, na medida em que o artigo 1º, III, fica a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado brasileiro, enquanto Estado Democrático de Direito. Como assinalamos no início deste capítulo, a *dignidade humana*, que se revela no sistema de direitos constitucionais, é vista como um valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal.³¹

Esta Constituição surgiu após anos de movimentos em prol dos direitos fundamentais, os quais foram, severas vezes, violados na ditadura militar. A Constituição surgiu para, além de restaurar um Estado de Direito, fazer com que o povo brasileiro se aproxime do direito e se encante com o que ele tem a oferecer.

No Brasil, o pensamento jurídico é notavelmente positivista, focado em defender a autonomia privada dos cidadãos. Este pensamento se compromete, primeiramente, com os direitos civis e políticos, deixando em segundo plano a implementação dos direitos econômicos e sociais. Porém, contrariando o pensamento positivista e privatista, os representantes do chamado *constitucionalismo comunitário*,³² como José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro e Paulo Bonavides, procuram explicar a ordem jurídica através de um fundamento ético e garantir a efetividade dos direitos previstos na Constituição de 1988.

José Afonso da Silva explica que o constituinte ao redigir a Constituição atualmente vigente, rejeitou o modelo de *constituição-garantia* ou *constituição-quadro*, optando por uma *constituição-dirigente*.³³ Este modelo de Constituição contraria a cultura jurídica positivista e privatista ao dar um viés mais participativo do que representativo ao texto constitucional. Além disso, os representantes deste *constitucionalismo comunitário* veem uma relação entre ordenamento jurídico e o conjunto de valores de uma determinada sociedade. Concluem que o principal objetivo do constituinte é prever no ordenamento os valores primordiais daquela comunidade política a fim de possibilitar que esta exista harmoniosamente.

Comentando a diferença entre o pensamento jurídico positivista e privatista e o *constitucionalismo comunitário*, resume Gisele Cittadino:

³¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 44.

³² Conceito usado por CITTADINO, *loc. cit.*

³³ Cf. SILVA, 2008.

Os representantes deste constitucionalismo “comunitário” se contrapõem, portanto, à idéia de que a tarefa primordial da constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, através da criação de um sistema fechado de garantias da vida privada. Não há como, contemporaneamente, defender, segundo estes autores, uma tal concepção, de vez que os direitos fundamentais possuem hoje uma dimensão objetiva em função da integração dos indivíduos no processo jurídico comunitário e da ampliação do chamado espaço público. Ao *sistema fechado* de garantias da autonomia privada, eles opõem a idéia de *constituição aberta*, que enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade. As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais).³⁴

Ou seja, para eles, nas democracias modernas, é preciso fazer a abertura constitucional de modo a permitir que os valores e costumes da comunidade sejam apreciados e respeitados, não sendo possível um texto constitucional fechado que não sofra influências externas conforme a sociedade e o contexto histórico em que se enquadra. Neste texto constitucional, estão exaustivamente previstos os direitos fundamentais de modo que possibilite que o povo, resguardado por eles, limite os poderes estatais que dependem da soberania popular.³⁵

Sob a ótica do *constitucionalismo comunitário*, os direitos fundamentais são analisados em dois momentos, ensina Gisele Cittadino:

[...] enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação. Enquanto direitos positivados, são metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito.³⁶

Esta análise ocorre para fugir do conceito de direito natural que se enquadra em qualquer sociedade, como se as comunidades políticas fossem iguais e imutáveis. Os direitos fundamentais em conjunto com os princípios constitucionais, não estão citados abstratamente, são eles bases para qualquer interpretação dos textos normativos. O povo, numa sociedade democrática, é educado de forma a lutar por estes direitos e para que eles sejam assegurados. O Estado Democrático dá lugar à supracitada *abertura constitucional*, a qual permite

³⁴ CITTADINO, 2000. p. 16-17.

³⁵ CITTADINO, 2000. p. 16-17.

³⁶ Ibid., p. 18.

que os cidadãos, os partidos e as associações participem do processo de interpretação da Constituição e tenham um caráter mais participativo perante a sociedade. Essa ideia de uma sociedade aberta, que dá lugar a muitos intérpretes da Constituição, surgiu através dos estudos de Peter Häberle, o qual entende:

(...) cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*Interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.³⁷

A Constituição, com o intuito de assegurar os direitos fundamentais a todos os cidadãos e não os tornar inseguros com a possibilidade de violação daqueles, foca no comportamento positivo do Estado, no dever de ação, deixando em segundo plano o dever de abstenção do Estado. O Estado carrega um caráter, portanto, de prestador/garantidor dos direitos fundamentais e cabe ao povo, democraticamente, através da participação do grupo de intérpretes da Constituição, controlar quaisquer omissões por parte do poder público.³⁸

A dimensão deste *constitucionalismo comunitário* possui três temas principais que estão previstos na Constituição de 1988, temas estes que primeiramente se apresentaram no anteprojeto de José Afonso da Silva e na Comissão de Arinos.³⁹ São eles: definição do fundamento ético da ordem jurídica,

³⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.** Tradução por: Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 14.

³⁸ Cittadino, 2000, p. 19.

³⁹ BRASIL, Comissão de Arinos: "Preâmbulo: Nós, representantes do Povo Brasileiro (...) proclamamos a necessidade de oferecer ao nosso País uma Constituição que (...) supere as causas das suas experiências negativas e assegure à Nação uma era contínua de Paz, Liberdade, Segurança Pessoal, Bem-Estar e Desenvolvimento, decorrentes da aplicação de princípios políticos, econômicos e sociais adequados à nossa formação nacional e, como estes, historicamente em evolução progressista." Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 09 dez.2014.

amplo sistema de direitos fundamentais e institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público.

É visível nela influências de outras partes do mundo. A influência europeia se dá pelo vasto sistema de direitos adotado, direitos e instrumentos processuais previstos exaustivamente tentando não dar lugar a lacunas; já a influência americana é tida quando o Supremo Tribunal Federal é qualificado como guardião da Constituição.⁴⁰

Através desse ideal *comunitário*, a Constituição assume um modelo de *democracia participativa*, participação esta que pode se dar indiretamente, através dos representantes que o povo escolheu ou, diretamente pelos cidadãos, através dos institutos de iniciativa popular, do referendo popular e do plebiscito incorporados no texto constitucional.⁴¹ Portanto, foca na soberania popular e na sua constante participação nas decisões governamentais ou nas mudanças constitucionais, garantindo uma “voz” ao povo que, por muitos anos, não teve essa liberdade de expressão e de opinião devido ao autoritarismo militar.

2.3 ANALISAR CRITICAMENTE AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS

Os ideais democráticos sofrem limitações de modo a garantir uma maior segurança aos interesses do todo. Através de normas constitucionais, a igualdade política pela qual tanto preza a democracia é assegurada e, por vezes, até limitada, seja pela idade para que um indivíduo possa votar ou por quem pode ou não se eleger a um cargo político.⁴² Já o princípio da liberdade é limitado, de

⁴⁰ Cf. CITTADINO, 2000.

⁴¹ BRASIL, Constituição (1988). ‘Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.”

⁴² BRASIL, Constituição (1988). “Art. 14.

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

modo que um indivíduo não prejudique os interesses de outro para favorecer os seus objetivos.⁴³ Portanto, a democracia possui limitações para prover uma harmonia entre milhares de pessoas residentes num mesmo território político.

2.3.1 Os Direitos Fundamentais como Limitadores

Os direitos naturais são garantias do ser humano que o Estado deve proteger. O indivíduo, como seu titular, tem esse meio de limitar a atuação estatal, de modo que o Estado atue nas relações privadas sem violar seus direitos naturais. Esta é a visão do chamado “jusnaturalismo moderno”, no qual o poder estatal é limitado com o intuito de garantir a liberdade do indivíduo. Com isso, os direitos naturais passam a ter valor subjetivo, são direitos que não podem ser violados pelo poder estatal. Estes direitos naturais, embora não mais mencionados, deram início aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Estes direitos do ser humano passam a ser mais do que direitos de defesa (direitos naturais), obrigando a autoridade estatal a respeitar e garantir que os particulares também os respeitem.

Sobre essa dupla responsabilidade do Estado, Cláudio Pereira de Souza Neto ensina:

O estado deixa de ser considerado um “inimigo público”, para se converter em uma condição fundamental para a plena fruição dos direitos. Abandona-se, com isso, na seara dos direitos fundamentais, uma postura, *prima facie*, antiestatista:

-
- II - o pleno exercício dos direitos políticos;
 - III - o alistamento eleitoral;
 - IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
 - V - a filiação partidária;
 - VI - a idade mínima de:
 - a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
 - b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
 - c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
 - d) dezoito anos para Vereador”.
- ⁴³ BRASIL, Constituição (1988). “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade”.

o estado será responsável tanto por sua promoção, por meio de prestações públicas, quanto por sua garantia frente à ação abusiva dos outros particulares.⁴⁴

Analisando esse caráter estatal, é verificado que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, não os violando e não permitindo que outros o violem. Isso faz com que o Estado tenha o poder de restringi-los com o intuito de protegê-los. Porém, a mencionada restrição só pode se dar moderadamente, em respeito aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Portanto, os direitos fundamentais agem como limitadores da ação estatal, mas não estão imunes de restrições.⁴⁵

Como limitadores ao Poder Legislativo de reforma, verificam-se as chamadas cláusulas pétreas elencadas na Constituição Federal vigente:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso).

O rol de direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição Federal não é passível de alterações pelo legislador constitucional em relação a seu núcleo central, pode, porém, ser alterado para fortalecer a proteção.⁴⁶

2.4 ACESSO À JUSTIÇA

⁴⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29.

⁴⁵ Cf. Ibid., p. 24-31.

⁴⁶ Isso se dá em respeito ao princípio da vedação do retrocesso ou efeito *cliquet*. Elucida Canotilho: “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura a simples desse núcleo essencial”. CANOTILHO, 2002, p. 339-340.

Ou seja, a presença dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas não determina que estes não poderão sofrer toda e qualquer alteração, mas sim que aquele rol mínimo precisa ser protegido e, mesmo que alterado, deve ser compensado de forma a não haver desrespeito a nenhum daqueles direitos.

O acesso à justiça, também denominado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, nada mais é do que a garantia de que qualquer pessoa pode ter seu conflito analisado pelo Poder Judiciário.

É um direito fundamental de primeira dimensão, possuindo, portanto, toda a proteção já identificada no tópico anterior, e, por ser positivado, está previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que legisla: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Além da lesão efetiva, a Constituição previu a proteção do indivíduo em caso de ameaça, uma tutela preventiva.

Como anteriormente analisado, o acesso à justiça, por ser um direito fundamental, possui as características essenciais destes, como o atributo de ser inerente ao ser humano, não podendo este dispô-lo, ou a universalidade deste, não havendo distinção entre seus titulares, é um direito de todos. Como é um direito de primeira dimensão, é um direito de cunho negativo, afasta a intervenção do Estado, ou seja, depende do particular para exercer seu direito de ação e, então, demandar uma resolução judicial.

Segundo o art. 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁴⁷

O acesso à justiça dá o direito do ser humano ser ouvido em juízo e atentar para a proteção de seus direitos, e, ainda, dá a garantia ao indivíduo de que a solução de seus conflitos será dada de forma justa e adequada. A finalidade deste direito fundamental elementar é, nada mais, do que a pura realização da justiça.

⁴⁷ Convenção Interamericana de Direitos Humanos, 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 01 dez.2014.

Este direito difere do direito de petição, que regula o interesse popular sobre a manutenção da ordem pública, enquanto o primeiro necessita de um interesse individual de iniciar um processo para defender seus direitos subjetivos.

No caso da extinção do processo sem resolução do mérito por carência de uma das condições de ação, não está aqui caracterizada uma ofensa ao acesso à justiça, já que este direito permanece presente, porém uma necessidade processual não foi acatada.

Embora seja um direito elementar que objetiva o acesso igualitário de acesso ao Poder Judiciário e a defesa de seus interesses pessoais de forma justa, não se confunde com o processo gratuito.

De forma a fundamentar a extensão desse direito para além da área do Poder Judiciário, Ana Flávia Melo Torres ensina:

(...) quem busca a defesa de seus direitos (ameaça ou lesão) espera que o Estado-juiz dite o direito para aquela situação, em substituição da força de cada litigante, pacificando os conflitos e facilitando a convivência social.⁴⁸

Com essa afirmação fica demonstrada a cultura judicial da população, que em meio a um conflito, entende que apenas o Estado pode resolver seu problema.

2.4.1 Impedimentos ao Acesso à Justiça

Defende Torres que, devido à realidade brasileira cercada de desigualdades, o acesso à justiça efetivo para todos os cidadãos de forma igualitária acaba por ser dificultado.

Isso é culpa, em primeiro lugar, dos obstáculos econômicos. A desigualdade econômica e o elevado custo processual acarretam na falha do pleno acesso à justiça. Um dos grandes inibidores ao exercício efetivo deste direito fundamental são os honorários advocatícios, a parte vencida, além de arcar com os honorários de seu próprio advogado e com as custas e despesas processuais, deve pagar os honorários de sucumbência, os honorários

⁴⁸ TORRES, Ana Flavia Melo. **Acesso à Justiça**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em 01 dez 2014.

advocatícios do advogado da parte vencedora, ou seja, acaba pagando duas vezes. Nos Estados Unidos, não há essa necessidade, assim, a parte vencida não sai tão prejudicada ao fim da ação judicial.⁴⁹

Além disso, a duração processual também acaba por encarecê-lo já que a quantidade de processos iniciados diariamente não é proporcional ou adequada ao número de juízes existentes, assim cada juiz acaba abarrotado de ações, o que acaba por resultar em processos demorados e julgamentos sem a devida qualidade à que o indivíduo faz jus.⁵⁰

Em segundo lugar, têm-se os limites sócio-culturais, pessoas mais humildes não têm tanto conhecimento sobre seus direitos, não têm tanto acesso aos tribunais ou a advogados que possam lhes esclarecer o que fazer em determinada situação e, caso cheguem ao Poder Judiciário, deparam-se com litigantes habituais, que detêm um maior conhecimento sobre o andamento dos procedimentos e, portanto, acabam em vantagem contra os eventuais.

Existem, ainda, os obstáculos psicológicos, que dependem da caracterização que a população faz do sistema judiciário, chegando a temer ajuizar uma ação e sofrer as consequências disso, tendo em vista que o Poder Judiciário é injusto e inacessível, dotado de juristas não-confiáveis.

Por fim, os problemas judiciários também afetam o acesso à justiça, já que as pessoas que vivem no interior precisam se deslocar para as capitais ou cidades maiores para ajuizar ou acompanhar uma ação. Torres também determina:

(...) dentro das restrições de caráter eminentemente judiciário, há que se destacar a polêmica acerca da limitação da capacidade postulatória, que tantos debates vem gerando entre os operadores jurídicos. A exigência da presença de advogado em todo e qualquer processo (já relativizada pelo Poder Judiciário) tem sido vista por um lado como elemento castrador da efetividade ao acesso e

⁴⁹ “(...) os Estados Unidos da América do Norte – EUA, opera sob o sistema oposto, conhecido por *American rule*. Segundo este sistema, cada parte litigante é, em regra, responsável pelos seus próprios custos processuais. Além disso, salvo previsão específica em alguma lei (*statute*), a parte vencida não fica responsável pelo pagamento de qualquer tipo de compensação econômica ao advogado da parte vencedora.” PASKIN NETO, Max. **Honorários Advocatícios Sucumbenciais à Luz do Direito Comparado e seu Papel como um dos Fatores da Jurisdicionalização Excessiva dos Conflitos no Brasil**. Disponível em: <<http://maxpaskin.jusbrasil.com.br/artigos>>. Acesso em 06 fev.2015.

⁵⁰ As estatísticas de meados de Janeiro de 2015 já indicam que foram iniciados 2.611 processos físicos e 24.238 processos digitais. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso em: 15 jan.2015.

por outro como garantia a ele, ou seja, como instrumento de limitação ou elemento fundamental ao exercício pleno da cidadania.⁵¹

Assim sendo, a necessidade de um advogado para entrar em juízo pode ou não ser vista como um facilitador do acesso à justiça, por um lado, porque o advogado direciona as partes leigas e dá uma noção do direito que está em questão e do que deve ser pedido, por outro, porque as partes nem sempre têm dinheiro para procurar um bom advogado, ou têm confiança neste. Estes, entre outros fatores, podem afetar o lado benéfico ou maléfico da obrigatoriedade de um advogado presente.

2.4.2 Remédios para a concretização do Acesso à Justiça

Como o problema da efetivação do acesso à justiça tem sido alvo de grandes discussões doutrinárias, buscando formas de contornar essas limitações, Mauro Cappelletti e Bryan Garth surgiram com a teoria das ondas renovatórias de acesso à justiça. Essa teoria é muito importante para a análise e para o auxílio na reparação da situação brasileira atual.⁵²

A primeira onda preocupa-se com a assistência judiciária viabilizada àquelas pessoas que não podem arcar com os custos da tramitação de uma ação, com as despesas de um advogado, e acabam por não defender seus direitos ou nem mesmo ter conhecimento da existência deles, de forma a se distanciar do sistema judiciário.

Aqui foram encontradas, por Cappelletti, três formas para “suprir” os problemas de desigualdade social, em termos jurídicos, e propiciar um atendimento justo e igualitário às partes mais carentes da sociedade. Isto se dá por intermédio do sistema *Judicare*, dos advogados remunerados pelos cofres públicos e pela combinação dos dois sistemas.

O *Judicare* garante que as pessoas que não têm condições para arcar com os honorários advocatícios, terão a mesma defesa e o mesmo atendimento por advogados particulares, que serão ressarcidos pelos cofres públicos, similar ao que, no Brasil, chamamos de advogado dativo.

⁵¹ TORRES, 2002.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

Os advogados que são pagos pelo Estado, são advogados públicos que atuam para defender os melhores interesses das classes mais vulneráveis, que são representados pelos profissionais atuantes junto à Defensoria Pública de cada estado brasileiro.

Devido a alguns problemas que surgiram do primeiro sistema, quando os advogados particulares mostravam maior interesse em ações individuais do que em lutar pela igualdade da classe mais desfavorecida como um todo. Somados a problemas com o segundo, que podem ser representados pela falta de atenção do advogado público com o atendimento individual, por obra do grande número de causas. Alguns países optaram por um sistema combinado, que, para Cappelletti, seria o sistema mais avançado por pesar a escolha da parte, de modo que o indivíduo pode optar se prefere ter seus interesses representados por um advogado público ou particular.⁵³

A segunda onda diz respeito à representação dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, os autores explicam:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos.⁵⁴

Ou seja, a segunda onda tem sua importância na extensão dos resultados de uma ação de modo a alcançar todos os interessados mesmo que estes não tenham um comportamento ativo no processo.

Mesmo com essas duas ondas propiciando uma grande melhora no efetivo acesso à justiça para toda a população, necessária seria, ainda, para os autores, uma terceira onda que focasse na resolução de litígios pela via judicial e por vias extrajudiciais, com advogados particulares ou públicos, encontrando outros sistemas para solucionar controvérsias ou, até, para evitar que estas se tornassem uma ação judicial.

⁵³ No Brasil, a primeira onda está consagrada no art. 5º, LXXIV da CF, que determina: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso”.

⁵⁴ CAPPELLETTI, 1988, p. 50.

Esta onda reflete-se na criação de Juizados Especiais e na maior publicidade e utilização de métodos alternativos como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Além de ser, para este estudo, o elemento mais importante da teoria de Cappelletti.

Uma onda não anula a outra, para haver um efetivo acesso à justiça é preciso que as três ondas sejam complementares, os sistemas aqui exemplificados devem ser seguidos concomitantemente para tornar viável a existência de um sistema judiciário acessível e igualitário.

2.5 MOROSIDADE

Segundo pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, a qual será também analisada mais adiante, divulgada no dia 23 de setembro de 2014, no relatório “Justiça em Números 2014” – o qual tem como ano-base o ano de 2013 – o Poder Judiciário brasileiro alcançou o número de 95,14 milhões de processos em tramitação, sendo que 66,8 são os processos já pendentes, e 28,3 é correspondente à quantidade de processos iniciados naquele ano.⁵⁵

O relatório demonstra que, embora tenha havido um crescimento na produtividade dos magistrados, os quais merecem cumprimentos devido à quantidade de processo que têm recebido, infelizmente, este aumento de produção ainda não é suficiente para sanar os processos pendentes.

A quantidade exorbitante de processos iniciados todos os anos, somada à quantidade de processos ainda não finalizados, acaba por repercutir no aumento da visão desacreditada da população no Poder Judiciário, já que as decisões demoram a sair e, algumas vezes, deixam a desejar pela falta de tempo que o magistrado tem para analisar caso a caso.

O Relatório ICJ Brasil Ano 5,⁵⁶ que coletou dados estatísticos de pesquisa entre o último trimestre de 2013 e o primeiro trimestre de 2014, demonstra a pouca credibilidade que a sociedade tem no Judiciário, retirando partes do Relatório:

⁵⁵ O relatório anual “Justiça em Números” está disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 03 dez.2014.

⁵⁶ BRASIL, Relatório ICJ Ano 5. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12024/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 dez.2014.

Os dados no quinto ano do ICJBrasil seguem a tendência, já identificada nos relatórios anteriores, de má avaliação do Judiciário como prestador de serviço público. De maneira geral, os entrevistados consideram que o Judiciário presta um serviço público lento, caro e difícil de utilizar. Para 89% dos entrevistados o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente, 81% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 72% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar. Outros três problemas apontados pelos entrevistados são a falta de honestidade (69% dos entrevistados consideram o Judiciário nada ou pouco honesto), a parcialidade (64% dos entrevistados acreditam que o judiciário é nada ou pouco independente) e a falta de competência para solucionar os casos (60% da população entrevistada classificam o Judiciário como nada ou pouco competente).⁵⁷

Assim sendo, dentre os problemas mais apontados pela população, estão: morosidade, preço, dificuldade de utilização, falta de honestidade, parcialidade e falta de competência. Além do mais, o problema mais evidenciado pelos entrevistados é a morosidade.

Mais além no Relatório, retira-se a informação que apenas 32%, em média, dos entrevistados confiam no Poder Judiciário. Dentre as instituições que as pessoas menos confiam, o Judiciário ficou em 5º lugar das onze instituições relacionadas, as pessoas demonstraram ainda menos fé em Partidos Políticos, no Congresso Nacional, no Governo Federal e em Emissoras de TV.

Mesmo consciente de todos os problemas que podem advir do Judiciário e de levar suas demandas a serem por este resolvidas, a grande maioria das pessoas disse que procuraria o Judiciário se precisasse ter eventual controvérsia solucionada.

Portanto, é visível o motivo do eterno problema da morosidade do Poder Judiciário, já que muitas pessoas ainda têm a cultura de optar por ter seu conflito resolvido por um terceiro estatal em quem, teoricamente, não confiam, do que resolvê-lo por conta própria ou por meios alternativos.

Porém, quando perguntados sobre esses meios alternativos, a maioria dos entrevistados mostraram-se adeptos à ideia:

Na tentativa de avaliar a percepção da população quanto à busca por soluções alternativas de resolução de conflitos, perguntamos a todos os entrevistados se, caso enfrentassem algum tipo de conflito que

⁵⁷ Ibid., p. 13.

necessitasse ser resolvido na Justiça, eles aceitariam tentar um acordo reconhecido pelo Judiciário, mas decidido por outra pessoa que não um juiz. No período analisado, a maioria dos entrevistados respondeu positivamente, visto que 40% dos entrevistados afirmaram que aceitariam com certeza procurar meios alternativos de solução de conflitos, enquanto 30% afirmaram que possivelmente o fariam. Ou seja, 70% dos entrevistados mostraram-se favoráveis aos meios alternativos de resolução de conflitos.

Entre os entrevistados que se mostraram mais dispostos a realizar acordos extrajudiciais, aparecem em maior quantidade os respondentes mais jovens, os que já utilizaram o Judiciário, com maior renda, maior grau de escolaridade.⁵⁸

Isto demonstra que o que o Brasil precisa é da mudança da mentalidade da sociedade, de modo a que todos tenham contato com o instituto e saibam como este funciona, já que muitos se mostram abertos à ideia de confiar seus conflitos a uma sentença arbitral.

⁵⁸ Ibid., p. 20.

3 BUSCA DE RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

Em virtude do grande acúmulo de processos no Poder Judiciário, é imprescindível dar uma maior atenção à terceira onda estudada por Cappelletti, explorando, conseqüentemente, métodos de resoluções alternativas de conflitos.

3.1 PANORAMA GERAL

Antes de existir a tutela jurisdicional, os conflitos que surgiam entre as partes eram resolvidos através da autotutela e da autocomposição.

A primeira era a denominada *justiça com as próprias mãos*, na qual os direitos de um indivíduo eram por ele mesmo defendidos pelo uso da força física, sem a presença de um terceiro. Embora a autotutela seja considerada um meio atrasado de resolver conflitos, sendo agora o Estado responsável por encontrar soluções justas, há previsões no ordenamento jurídico brasileiro de formas de autodefesa. Sobre o tema, Jesualdo de Almeida Junior:

Quer se a chame de autotutela, quer se a chame de instituto legal da autodefesa na esfera de direitos da pessoa, somente será permitida como medida excepcional. A lei tem de autorizá-la expressamente, como o faz nos artigos acima citados. Afora isto, valer-se da força para solucionar conflitos de interesses, ainda que estes conflitos sejam legítimos, é ilegal, sendo considerado, inclusive, como crime.⁵⁹

De mesmo modo, explana Leite Ribeiro:

(...) os povos, durante sua evolução, têm conhecido como meios de solução para suas controvérsias a autotutela, a autocomposição, a arbitragem e a decisão judicial. Cada uma destas modalidades foi e será utilizada de forma mais intensa em determinados períodos da história. Todavia, convivem de maneira harmoniosa nos ordenamentos jurídicos atuais, com exceção da autotutela, que deu lugar a outro instituto jurídico, a autodefesa, mais condizente com a estrutura do Estado de Direito.⁶⁰

⁵⁹ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Arbitragem: questões polêmicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3183>>. Acesso em: 20 jan.2015.

⁶⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21.

Já a autocomposição nasceu quando as partes perceberam que poderiam resolver seus conflitos pacificamente, esta forma subdivide-se em desistência (ou renúncia), submissão e transação, nos quais uma ou ambas as partes abrem mão de parte de seus interesses em prol da resolução do problema, é um meio altruísta de solução de conflitos. Sobre a utilização da autocomposição atualmente, disserta Didier:

Há um incremento do prestígio da autocomposição como forma de solução de conflitos. Basta ver, por exemplo: a) a estrutura do procedimento trabalhista, pautado na tentativa de conciliação; b) o atual inc. IV do art. 125, CPC, que determina ao magistrado o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo; c) os Juizados Especiais, também estruturados para a obtenção da solução autocomposta; d) a possibilidade de transação penal; e) a inclusão de uma audiência preliminar de tentativa de conciliação no procedimento ordinário (art. 331 do CPC), sendo possível, ainda, a inclusão no acordo judicial de matéria estranha ao objeto litigioso (art. 475-N, III, CPC); f) a possibilidade de homologação do acordo extrajudicial, transformando-o em título executivo judicial (art. 475-N, V, CPC, e art. 57, Lei Federal n. 9.099/1995).⁶¹

Analisou-se, então, que nem todos os conflitos poderiam ser resolvidos pelas próprias partes, necessário seria um terceiro imparcial que pudesse determinar a solução mais justa para a controvérsia. Surge, então, a heterocomposição para atender a essa necessidade. Neste método, o conflito é resolvido pelo terceiro, juiz ou árbitro, e as partes ficam vinculadas àquela decisão, de onde retira-se a via judicial e a arbitragem, que será discutida no ponto 4.

3.2 FORMAS DE RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LITÍGIOS

As formas de resoluções alternativas de litígios mais conhecidas são: conciliação, negociação, mediação e arbitragem.

Como explicitado no ponto anterior, existem duas técnicas utilizadas para resolver conflitos: autocomposição e heterocomposição. A arbitragem faz parte da heterocomposição, ou seja, cabe a um terceiro imparcial determinar a melhor solução para a controvérsia. Já a conciliação, a negociação e a mediação são

⁶¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 78.

formas de autocomposição. Nestas formas de resolução, são as partes que devem resolver o conflito. No caso de haver um terceiro chamado para auxiliar com o procedimento, este apenas atua para facilitar uma comunicação e criar um ambiente pacífico para que as partes possam expor seus interesses com clareza.⁶²

3.2.1 Negociação

A negociação não pressupõe a intervenção de um terceiro. Na verdade é um procedimento bem simplificado em que as partes conversam entre si para determinar trocas de “favores”, de modo que ambas saiam lucrando dessa situação. As partes podem, ainda, determinar um terceiro para representá-las, esse terceiro está ali da mesma forma que um advogado dentro de um processo, apenas representa o interesse de seu cliente do melhor jeito possível.⁶³

O perfil do negociador varia de acordo com a estratégia por ele seguida. Existem cinco opções de perfis: o competitivo, no qual o negociador tenta convencer a outra parte de que seu ponto de vista é o certo através de um discurso racional; o omissivo, o negociador omite seus interesses e espera que os demais negociadores se manifestem, liberando informações gradualmente; o concessivo, que quer sair do conflito a todo custo, o que acaba por resultar em um acordo mal sucedido; o conveniente, que pensa primeiro em si próprio e na satisfação de seus objetivos para depois pensar sobre a possibilidade de acordo e de ceder alguma coisa; o colaborativo, o qual é o melhor perfil para chegar a um acordo satisfatório, já que o negociador leva em consideração as necessidades e os interesses de todos os envolvidos.

Quanto ao procedimento da negociação, este é dividido em sete etapas não obrigatórias.

Na preparação, há o recolhimento de informações acerca dos demais negociadores a fim de melhor preparar sua própria negociação, além de escolher o perfil e a abordagem mais adequados para aquele cenário.

⁶² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Resolução CNJ 125/2010**. – 4. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 41-43.

⁶³ Ibid, p. 43.

Após, há a verificação das posições e interesses, que ocorre pela comunicação, pelos questionamentos e pelo uso de palavras positivas de modo a criar um ambiente confiável e harmonioso.

Em terceiro lugar está a criação de opções, com uma lista dos interesses de cada parte e do que é essencial e do que é facultativo. Criar-se-á uma lista de possíveis opções de acordo, para diminuir as opções são utilizados dois critérios: subjetivo – o negociador direciona o resultado de modo a atender a seus melhores interesses; e objetivo – utiliza de critérios já existentes para ver quais opções melhor se adequam socialmente falando.

Depois vem a verificação das alternativas, aqui entra o MAAN – melhor alternativa ao acordo negociado, onde o negociador relaciona as opções de acordo com o que poderia ganhar resolvendo a controvérsia através de outra via de resolução de conflitos e verifica se a negociação é mesmo a alternativa mais favorável.

Então passa-se para a fase das propostas, uma das partes lança uma proposta inicial tendo em vista o tempo que tem para gastar com o acordo, sendo assim uma proposta mais ou menos atrativa para a outra parte.

Por fim ocorre um esboço de acordo, no qual são discutidas as demais formalidades ainda não resolvidas, para, então, alcançar a etapa final que será a do resultado.

É importante ressaltar que a qualquer momento, desde que anteriormente ao resultado final, uma das partes pode desistir da negociação e romper com todo o processo, a vontade das partes está sempre em primeiro lugar.⁶⁴

3.2.2 Conciliação

A conciliação possui um terceiro, chamado de conciliador, que tenta, da forma mais objetiva e célere possível, facilitar o acordo entre as partes. Ambas, porém, precisarão ceder um pouco para isso acontecer. Este método não funciona para problemas mais pessoais, já que o conciliador deve se manter na esfera objetiva da questão. Cahali aclara:

⁶⁴ Negociação – Conciliação e Mediação. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/181569164/NEGOCIACAO-CONCILIACAO-E-MEDIACAO>>. Acesso em 18 nov.2014.

O conciliador intervém com o propósito de mostrar às partes as vantagens de uma composição, esclarecendo sobre os riscos de a demanda ser judicializada. Deve, porém, criar ambiente propício para serem superadas as animosidades. Como terceiro imparcial, sua tarefa é incentivar as partes a propor soluções que lhe sejam favoráveis. Mas o conciliador deve ir além para se chegar ao acordo: deve fazer propostas equilibradas e viáveis, exercendo, no limite do razoável, influência no convencimento dos interessados.⁶⁵

O conciliador deve, portanto, auxiliar as partes para que elas encontrem propostas criativas para resolver o conflito. Caberá às partes optar pela sugestão que melhor atenda aos seus interesses. O instituto da conciliação está recebendo atenção da nova redação do Código de Processo Civil, assunto que será tratado no tópico seguinte.

A conciliação pode ocorrer durante a existência de um processo judicial (endoprocessual) ou antes desse (extraprocessual), tendo finalidade extintiva ou preventiva, respectivamente. Extintiva quando busca acabar com uma ação judicial já em andamento por intermédio de um acordo em audiência conciliatória. Preventiva quando, por meio da conciliação, as partes procuram prevenir o surgimento de uma ação judicial.⁶⁶

O acordo conquistado em conciliação não possui força vinculatória, porém, se homologado em juízo, passa a ter valor de título executivo judicial, vinculando as partes a cumprir o acordado.

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) incentiva a utilização da conciliação através do evento anual “Semana Nacional da Conciliação”, na qual os indivíduos que tenham processos pendentes tramitando no Judiciário com possibilidade de acordo, são notificados podendo optar ou não por tentar a conciliação. Segundo os quadros estatísticos do site do CNJ, na Semana que se passou em 2014, 53,05% dos mais de 283 mil processos levados à audiência conciliatória, alcançaram um acordo satisfatório.⁶⁷

⁶⁵ CAHALI, 2014, p. 44.

⁶⁶ MEGUER, Maria de Fatima Batista; COSTA, Andrea Abrahão. **Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculos à pacificação social?**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12367>. Acesso em 27 dez.2014;

⁶⁷ Relatório disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/2014/SNC_global_final.pdf>. Acesso em: 26 dez.2014.

3.2.3 Mediação

A mediação consiste em uma ação voluntária e extrajudicial de resolução de conflitos, na qual o mediador, um terceiro imparcial, busca a comunicação entre as partes com vistas a um possível acordo. Tendo em conta que muitas pessoas entram em conflitos judiciais por erro de comunicação ou até falta desta, a mediação objetiva afastar essas partes de uma ação judicial demorada e desgastante, otimizando a conversa e o entendimento em busca de um acordo razoável efetuado pelas partes, sem a intervenção de terceiros. O mediador está ali apenas para garantir uma comunicação amigável, não deverá influenciar as partes.

Fernando Martín Diz elenca alguns princípios básicos da mediação: complementariedade – a mediação é um complemento, não exclui outras alternativas; voluntariedade – autonomia de vontade das partes; confidencialidade – sigilo sobre o discutido dentro da mediação entre partes e mediador; contraditório – ambas as partes devem ter oportunidade para se defender e se expressar; igualdade – equilíbrio entre as partes; neutralidade – mediador deve ser neutro; “presencialidade” – é necessário que o mediador esteja fisicamente presente durante a mediação; natureza estritamente pessoal – presença das partes e não de representantes; legalidade – respeito ao ordenamento jurídico vigente; flexibilidade procedimental – a mediação deve ser informal e todos os envolvidos flexíveis; boa-fé – é importante que as partes atuem de boa-fé para o bom andamento do procedimento; e proteção de crianças, dependentes, incapazes e idosos – proteção aos vulneráveis.⁶⁸

Quanto ao papel do mediador, ao contrário do conciliador, aquele procura uma relação mais profunda com as partes, com o objetivo de reestabelecer a boa convivência entre elas, que aqui, provavelmente, possuem um conflito não só objetivo, mas também pessoal.

Como Bolzan de Moraes descreve:

⁶⁸ DIZ, Fernando Martín. **Resolução Alternativa de Litígios: Experiências e propostas**. In: FONSECA, Isabel Celeste M. (Coord.). **A Arbitragem Administrativa e Tributária**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 103-133.

A mediação é geralmente definida como a interferência – em uma negociação ou em um conflito – de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Dito de outra maneira, é um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente. Sua missão fundamental é (re)estabelecer a comunicação.⁶⁹

Portanto, na mediação, diferentemente da arbitragem ou da justiça estatal, o mediador media e incentiva uma comunicação entre as partes, desse modo, as partes deixam de se olhar de maneira crítica, para assim eliminarem o viés dominador e realmente se ouvirem com respeito, através da ética da alteridade. E, assim, chegarem eles mesmos a uma solução para o conflito em questão, que beneficie ambas as partes e que só será possível por intermédio de uma comunicação saudável.⁷⁰

Ainda diferenciando a mediação da arbitragem, importante ressaltar que enquanto a segunda possui uma decisão que vincula as partes e as obriga a cumprirem o determinado pelo árbitro, a mediação, por sua vez, depende da decisão das partes para ganhar força vinculativa. Em outras palavras:

Na mediação não existe vinculatividade decisória. Não quer isso dizer que não exista um poder normativo imanente ao processo de mediação. Mas esse poder é fraco, visto que não é considerado pelo Estado como devendo receber o manto da executoriedade e, por isso, depende completa e exclusivamente da vontade das partes em processo de pacificação. Se estas o quiserem (*rectius*, o vierem a querer *a posteriori*), a sugestão feita pelo mediador pode converter-se numa decisão com vinculatividade e ser aceita pelos sistemas normativos. Mas basta que uma delas o não deseje para que o resultado da mediação não saia do limbo dos futuríveis não realizados.⁷¹

Algumas características marcantes da mediação são: privacidade do processo por vontade das partes, exceto quando houver um interesse público envolvido; litígio solucionado de forma mais rápida e menos custosa do que pela via judicial; procedimento informal realizado de forma oral; objetivo de reaproximar

⁶⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 131.

⁷⁰ Ibid., p. 145-149.

⁷¹ JUDICE, José Miguel. **Arbitragem e mediação: separados à nascença?** Revista Brasileira de Arbitragem, ano IV, n.º 14, abril-junho de 2007, p. 127-136.

as partes; decisões sem intervenção estatal, exceto quando a decisão for imoral ou as partes ou o mediador atuarem de má-fé; equilíbrio entre as manifestações das partes durante o procedimento.⁷²

Importante também ressaltar que a mediação pode ser mandatória ou voluntária. A segunda é aquela iniciada por vontade das partes, a mandatória é imposta às partes, seja por determinação legal, seja por cláusula redigida anteriormente ao conflito.

Em qualquer das formas de mediação, existe uma ordem dos procedimentos a serem seguidos, que não são obrigatórios, variando no modelo a ser seguido pelos mediadores. Cahali disserta sobre os modelos Harvard, transformativo e circular-narrativo.

O modelo de Harvard aproxima-se da ideia de conciliação: o mediador procura afastar as partes do que as aflige, de modo a facilitar a comunicação entre elas para que estas surjam com alternativas que beneficie os dois lados. O modelo transformativo recebe esse nome por objetivar uma transformação educacional das partes, para que essas possam falar sobre seus pontos de vista em relação ao conflito e ter sua opinião respeitada e ouvida pela outra parte. E, por fim, o modelo circular-narrativo que procura incentivar a comunicação de forma circular, assim a mesma questão é tratada através de diferentes pontos de vista, o “objetivo é transformar a história conflitiva em uma história colaborativa”.⁷³

Cahali, ainda, descreve objetivamente o processo de mediação, que, como citado anteriormente, pode sofrer alterações dependendo do modelo escolhido, neste caso o mediador optou pelo modelo circular-narrativo:

(...) segue uma síntese da atuação do mediador no processo de mediação: (a) contato com os interessados, explicando o instituto, suas vantagens e desvantagens; (b) identificação das questões, baseando-se na técnica do *looping*, ou seja, questões circulares reflexivas; (c) reflexão sobre o exposto entre as partes; (d) identificação e sugestão, sem vinculação, pelas partes de possíveis soluções para o conflito (*braimstorming*); e (e) lavratura do termo final.⁷⁴

Quanto à conduta que deve ser adotada pelo mediador, foi criado nos Estados Unidos o Modelo-Padrão de Conduta para Mediadores, o qual teve sua

⁷² MORAIS, 2012, p. 132-136.

⁷³ CAHALI, 2014, p. 78.

⁷⁴ Ibid., p. 79.

versão original redigida em 1994 e foi revisado em 2005, através do trabalho conjunto da *American Arbitration Association*, da *American Bar Association* e da *Society of Professionals in Dispute Resolution*.⁷⁵

Os princípios que, segundo o referido documento, devem ser seguidos pelos mediadores, são: autodeterminação – autonomia das partes para encontrar um acordo ou para desistir da mediação; imparcialidade – para o bom funcionamento da mediação, o mediador precisa agir de forma imparcial, garantindo a confiança das partes; conflito de interesses – é dever de o mediador informar as partes sobre possíveis conflitos de interesse que o envolvam; competência – é preciso haver algumas qualificações para satisfazer as necessidades da mediação; confidencialidade – mediador tem o dever de manter as informações discutidas em mediação em sigilo, exceto se convencionado pelas partes em contrário; qualidade do processo – o mediador deve atentar para o bom andamento do processo, com um equilíbrio em quanto cada parte fala, e promovendo um respeito entre as partes; anúncios ou solicitações – qualquer publicidade sobre o instituto e sobre as experiências do mediador, devem ser feitos por ele de forma honesta sem garantir nenhum resultado; custos – o mediador tem o dever de informar as partes sobre os valores de custos e honorários antes de iniciar o procedimento; obrigação para com o processo da mediação – depende do mediador a educação da sociedade para o contato e a utilização da mediação e para que esta seja acessível a todos.⁷⁶

No contexto brasileiro, a mediação ainda tem muito o que crescer. A primeira iniciativa de inseri-la no ordenamento jurídico foi através da Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro que veio a propor o Projeto de Lei 4827/98.⁷⁷

Em 2002, o supracitado projeto de lei teve a aprovação da Câmara dos Deputados e foi para o Senado Federal, onde se tornou o PLC 94. Concomitantemente, em 1999 foi criada uma comissão, pelo Instituto Brasileiro de

⁷⁵ EUA, *Model Standarts of Conduct for Mediators*. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf> Acesso em: 20 dez.2014.

⁷⁶ MORAIS, 2012, p. 162-165.

⁷⁷ BRASIL, Projeto de Lei 4827/1998 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Acesso em 03 dez.2014.

Direito Processual (IBDP), para elaborar um anteprojeto de lei versando sobre mediação.

O Ministério da Justiça, buscando otimizar os textos já redigidos e a atuação dos interessados, chamou a deputada e o IBDP para que, em comum acordo, fosse elaborado um texto final. Porém o Senador Pedro Simon, Relator do Projeto no Senado Federal apresentou um substitutivo ao primeiro projeto de lei, tendo como base o texto do IBDP. Após mais algumas modificações, a Comissão de Constituição e Justiça recebeu o atual projeto em 07 de agosto de 2006, intitulado PL 94/2002, o qual se encontra arquivado desde abril de 2007.⁷⁸

Mesmo sem previsão de um texto legal que verse somente sobre a mediação, houve um avanço nessa área com o Projeto de Lei 8046/2010 que teve seu texto-base aprovado no dia 16 de dezembro de 2014, o qual criará um novo Código de Processo Civil, implicando muitas mudanças, sendo uma delas a previsão da Seção V, intitulada “Dos conciliadores e dos mediadores judiciais”, com dez artigos (art. 144 ao art. 153) regularizando o tema.

Citando dois dos artigos que garantem a devida atenção aos institutos da conciliação e da mediação, prevendo primeiramente os que se dão de forma judicial, mas sem excluir os extrajudiciais:

Seção V

Dos conciliadores e dos mediadores judiciais

(...)

Art. 145. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

(...)

Art. 153. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.⁷⁹

Porém, mesmo sem a promulgação de uma lei a regularizando, podemos ver a mediação presente no cotidiano brasileiro e crescendo em conhecimento e prática. Além disso, essa evolução legislativa pode implicar em uma possível

⁷⁸ BRASIL, Projeto de Lei 94/2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367>. Acesso em 19 dez.2014.

⁷⁹ BRASIL, Projeto de Lei n. 8046/10. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DCDFD393683D1E4FEE4C923C2E7984F6.proposicoesWeb2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 19 dez.2014.

mudança na mentalidade das pessoas, as levando a resolver seus conflitos através de acordos e não de mecanismos judiciais.⁸⁰

3.2.4 Distinções entre Mediação e Conciliação

Muitas pessoas confundem a mediação e a conciliação por não notarem as especificidades que as diferenciam. Primeiramente, a diferença reside no lugar de sua incidência. A mediação é, via de regra, extrajudicial, não sofrendo interferência do Judiciário, e sigilosa. A conciliação, por ocorrer dentro da atmosfera judicial, deve respeitar o princípio da publicidade.

Ainda, há diferenças notáveis em relação ao papel do terceiro envolvido, embora, nos dois institutos, o terceiro conciliador ou mediador não possua nenhum poder decisório, o que acaba por diferenciá-los das vias arbitral e judicial. Na conciliação, o terceiro pode fazer sugestões de possíveis soluções, ou seja, tem uma posição mais ativa em relação à resolução do conflito em si, seu objetivo é o acordo final, que se não houver significa que a conciliação falhou. Já na mediação, o terceiro tem uma posição mais ativa em relação à facilitação da comunicação entre as partes, o objetivo final é a comunicação, não necessitando de um acordo para a mediação ser considerada satisfatória.

Além do mais, há casos específicos em que a opção mais adequada seria uma ou outra forma alternativa de resolução de litígios. Em casos em que as partes têm uma relação mais complexa entre si, por exemplo, conflitos de natureza pessoal, a mediação seria mais compatível com a natureza da controvérsia e, portanto, alcançaria um resultado mais gratificante.

Roberto Bacellar utiliza de três prismas para explicar essas diferenças, são eles: natureza da relação, em caso de relações circunstanciais, em que há apenas um vínculo ligando as partes, a opção mais adequada seria a conciliação, deixando a mediação para as relações multiplexas, em que há mais de um vínculo conectando as partes e será necessário um maior esforço de modo a garantir a preservação do bom convívio entre essas partes; finalidade e foco, o

⁸⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21>. Acesso em 19 dez.2014.

objetivo da conciliação reside no acordo em si, e o da mediação na restauração da comunicação entre as partes; e forma de atuação do terceiro, enquanto o conciliador pode sugerir opções de acordo para as partes e essas optarem pela que melhor lhes satisfaça, o mediador apenas facilita a comunicação entre as partes, deixando que elas mesmas encontrem possíveis soluções para o conflito.⁸¹

3.2.5 Resolução CNJ 125/2010⁸²

O acúmulo de demandas devido à “cultura do litígio”, somado à quantidade de processos pendentes e repetitivos, culminaram na necessidade de recorrer-se a métodos fora do Judiciário para resolver conflitos.

Aprovada em 29 de novembro de 2010 e emendada em 31 de janeiro de 2013, a Resolução CNJ 125 veio para regular meios alternativos de resolução de litígios, que teriam a fiscalização do Judiciário e ajudariam a reduzir o número de demandas encaminhadas a este.

De acordo com Cahali:

A perspectiva sob a qual foi traçada a Resolução leva em conta o fato de ser atribuída ao Poder Judiciário a função de garantir o acesso à justiça, como prestador de serviço público essencial à sociedade, indispensável à cidadania, necessário à solidificação da democracia e imprescindível ao Estado de Direito.

Neste contexto, cabe ao próprio Judiciário a tarefa de implantar, e aos seus cuidados gerenciar, os meios alternativos de resolução de conflitos, chamando para si a responsabilidade de garantir o acesso de todos à ordem jurídica, de formas diversas do contencioso propriamente dito, para assim cumprir com o seu propósito: distribuir a justiça.⁸³

Portanto, a tarefa do Judiciário não se limita às ações judiciais, vai além, de forma a atender às necessidades sociais garantindo o acesso à justiça como um todo, regulando, inclusive, os meios consensuais de resolução de conflitos, em que a solução da controvérsia reside na vontade das partes, como ocorre com a

⁸¹ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. Vol. 53. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114-117.

⁸² BRASIL, Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-1252010-conselho-nacional.pdf>>. Acesso em: 20 dez.2014.

⁸³ CAHALI, 2014, p. 57.

mediação e a conciliação. Os quais, com o devido controle estatal, podem mostrar-se mais eficazes para a solução de determinados conflitos.

Já no seu 1º artigo a Resolução vem determinar:

Capítulo I

Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Assim, por meio da Resolução supracitada, criou-se o Tribunal Multiportas, através do qual são colocadas à disposição da sociedade diversas portas, cada uma representando uma alternativa para resolver a controvérsia. O indivíduo, que procura o Judiciário para solucionar seu problema, passa por uma triagem que define qual é o método que melhor adequa-se àquele caso.

Por influência dessa política pública, a conciliação e a mediação judiciais estão ganhando notoriedade, o que resulta, também, no conhecimento desses institutos na forma particular e não estatal, ou seja, dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Isto, em consonância com a seriedade que devem ser tratados estes institutos, poderá culminar numa mudança da “cultura do litígio” para a “cultura da pacificação”.⁸⁴

Em que pese à seriedade do instituto, vem dispor o artigo 12:

Seção III

Dos Conciliadores e Mediadores

Art. 12. Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

A Resolução, ainda, impõe o Código de Ética a ser seguido pelos mediadores e conciliadores, pautado nos princípios da “confidencialidade,

⁸⁴ Ibid., p. 55-60.

competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes”.

4. A ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA À MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Segundo Euclides Massali e Rozane Cachapuz, devido ao abarrotamento dos serviços judiciários, a pacificação social torna-se inviável. O que causa esse abarrotamento sujeitando o sistema judiciário brasileiro a esses tempos de crise tem a ver com a morosidade do Poder Judiciário, o surgimento de novos direitos, a onerosidade excessiva na via judicial e a falta de informação de cada pessoa sobre os direitos que lhe são inerentes. A morosidade do Poder Judiciário é influenciada pela escassez de recursos financeiros, pela incapacidade de administração financeira e orçamentária, pela ênfase à segurança jurídica em detrimento da celeridade processual, pela quantidade de recursos possíveis e pela quantidade de demandas recebidas diariamente.⁸⁵

Uma maneira de tirar um pouco do peso do Poder Judiciário é recorrendo às resoluções alternativas de litígios, como a arbitragem. Dessa forma, pode ser levado em consideração o *princípio da litigiosidade mínima* já que apenas os conflitos que necessitam de uma assistência judicial iriam para o Poder Judiciário, e os demais, considerados arbitráveis (direitos patrimoniais e disponíveis), poderiam ser colocados para decisão em Juízo Arbitral.

Sobre o tema, Massali e Cachapuz elucidam:

O Estado, não mais conseguindo sustentar, sozinho, o desejado monopólio jurisdicional, delega uma fatia da tarefa pacificadora à arbitragem. A teoria do Estado mínimo, de postura liberal, é chamada a atender aos reclamos de uma sociedade que não mais enxerga no órgão jurisdicional estatal a chave exclusiva para a pacificação dos conflitos. A sociedade, em razão das constantes transformações a que está sujeita, se vê na iminente necessidade de buscar soluções para os seus males. Se o monopólio jurisdicional estatal não mais funciona a contento, de forma a atingir, de maneira plena, o ideal pacificador, outra alternativa não resta do que delegar a particulares essa possibilidade.⁸⁶

Existem duas maiores complicações para que esse entendimento seja levado à prática. A primeira advém da mentalidade instaurada nos brasileiros de

⁸⁵ MASSALI, Wilson Euclides Guazzi; CACHAPUZ, Rozane da Rosa Cachapuz. **Arbitragem: Uma Saída Liberal à Crise do Judiciário**. Revista Scentia Iuris, Londrina v. 15, n. 2, p. 165-183, dez. 2011.

⁸⁶ Ibid., p. 170-171.

que o judiciário profere as melhores e mais justas decisões. A segunda é de que a arbitragem viola o *princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário*.

A primeira requer um maior esforço para ser alterada já que depende da modificação de fatores educacionais e culturais, mas que está em processo de evolução. Por outro lado, a segunda já é um caso doutrinariamente debatido e decidido, de forma que a arbitragem não limita o acesso à justiça quando as partes podem optar entre esta e a via judicial e, ainda, possibilita que as partes recorram ao Judiciário em ocasiões excepcionais.

4.1 A ARBITRAGEM NO BRASIL

Sobre o instituto, elucida França Gouveia:

A arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes é confiada a terceiros. A arbitragem é, assim, um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que a decisão é proferida por um ou mais terceiros.⁸⁷

A arbitragem é o meio alternativo para resolução de litígios no qual as partes convencionam, de forma voluntária, que o conflito eventual ou atual existente entre elas será resolvido através do Juízo Arbitral, no qual um ou mais árbitros, terceiros imparciais por elas escolhidos, determinarão a melhor solução para aquela controvérsia, decisão esta que vinculará as partes.

4.1.1 Contextualização Histórica

A arbitragem é uma das mais antigas formas de resolução de litígios, havendo indícios dela já na Antiguidade, nas civilizações grega e romana. Em 445 a.C., por exemplo, foi pactuado um tratado de paz entre Atenas e Esparta, em que havia a previsão do uso da via arbitral para a solução de conflitos entre as cidades que viessem a existir.⁸⁸

⁸⁷ GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3. Ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2014, p. 101.

⁸⁸ TAVARES, Paulo Vitor de Sousa. Arbitragem no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <<http://www.ambito->

A civilização romana tinha uma ideia muito evoluída de como resolver conflitos particulares através da arbitragem. Em muito se assemelhava aos princípios atuais da arbitragem, já que o árbitro tinha maior liberdade. Não era limitado pelos formalismos legais e a sua decisão já era dotada de força executória, não necessitando de uma posterior homologação judicial.⁸⁹

Entretanto, a despeito da presença proeminente da arbitragem no direito romano – fonte primordial de princípios que fundaram inúmeros ordenamentos jurídicos adeptos à *civil law* –, observa-se que a arbitragem detém um papel mais significativo em ordenamentos jurídicos que tem como fonte a família da *common law*. Bolzan de Moraes explicita as razões por quê:

(...) a despeito da maior ou menor afinidade/resistência à utilização da arbitragem, observa-se que os países de *civil law* em comparação aos países de *common law*, mostram-se mais distantes do mesmo, seja pela arraigada “mentalidade jurisdicionalista” dos seus cidadãos e operadores jurídicos, seja pelo despreparo dos últimos que não foram treinados dentro de uma mentalidade conciliatória, mas adversarial.⁹⁰

Portanto, é compreensível o atraso do Brasil, um país de *civil law* – que utiliza-se principalmente do texto legal como fonte do Direito, em aderir ao procedimento arbitral, em relação a países como os Estados Unidos, que são guiados pelo *common law* – nos quais a Jurisprudência é a principal fonte do Direito, e prezam pela liberdade das partes.⁹¹

4.1.1.1 Contexto Histórico da Arbitragem no Brasil

juridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14424&revista_caderno=7>. Acesso em 10 fev.2015.

⁸⁹ MORAIS, 2012, p. 213-214.

⁹⁰ Ibid., p. 216.

⁹¹ Mesmo assim é notável a evolução da Arbitragem no Brasil nos últimos anos: “(...) statistics published by the International Chamber of Commerce (ICC) reveal that for the year 2009, out of 241 Latin American and Caribbean cases, eighty-six involved Brazilian parties (thirty-two as claimants, and fifty-four as defendants). This certainly represents an increase because during 2000, only ten cases involving Brazilian parties were commenced. In 2004, this figure jumped to 192 cases involving Brazilian parties. In 2004, twenty-two Brazilian arbitrators were nominated in ICC cases, and in 2009, the number grew to thirty-two appointments (twenty-six as co-arbitrators and six as sole arbitrators). The relevant fact we wish to stress is the undeniable continuous growth of domestic and international arbitration now taking place before arbitral institutions or at Brazilian venues, be it under the rules of foreign or local arbitral institutions.” NETTO, Carlos Nehring. **National Report for Brazil (2011)** in Jan Paulsson (ed), International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 66, September 2011, p. 1 – 36.

Há indícios da arbitragem no Brasil desde o início do Século XIX, sendo pela primeira vez inserida no texto constitucional, em 1824, na Constituição do Império, a qual trazia em seu artigo 160 a seguinte disposição: “Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”⁹²

No âmbito infraconstitucional, o Código Comercial de 1850 determinava a utilização obrigatória da arbitragem em determinados conflitos entre comerciantes.⁹³ Influenciada por dispositivos do referido Código, nasce a Lei n. 1.350 de 14 de setembro de 1866, formada por três artigos que versavam sobre o Juízo Arbitral necessário.⁹⁴

Em 1895, a primeira Carta Republicana deixou de prever a arbitragem no âmbito interno, apenas consagrando-a como meio para solução de litígios entre Estados.

O Código Civil de 1916 previa o compromisso arbitral no seu Capítulo X.⁹⁵ A arbitragem interna também voltou a ser disciplinada pelo texto constitucional de 1934, o qual estipulou, no seu artigo 5º, XIX, “c”, a competência exclusiva da União para tratar de matérias de arbitragem comercial.⁹⁶

⁹² BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 out.2014.

⁹³ “Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.” BRASIL, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 12 fev.2015.

⁹⁴ “Art. 1º Fica derogado o Juizo Arbitral necessario, estabelecido pelo artigo vinte titulo unico do Codigo Commercial.

§ 1º O Juizo Arbitral será sempre voluntario mediante o compromisso das partes.

§ 2º Podem as partes autorizar os seus arbitros para julgarem por equidade independentemente das regras e fórmulas de direito.

Art. 2º Os processos começados antes desta Lei, estando já os arbitros nomeados, e tendo aceitado, continuarão a ser instruidos e julgados segundo o Codigo Commercial.

Art. 3º O Governo dará o Regulamento necessario para execução desta Lei.” BRASIL, Lei n. 1.350, de 14 de Setembro de 1866. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>>. Acesso em 12 fev.2015.

⁹⁵ “Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais”. BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 12 fev.2015.

⁹⁶ “Art. 5.º Compete privativamente á União:

XIX - legislar sobre:

As Cartas datadas de 1937, 1946 e 1967 não trouxeram qualquer menção no que diz respeito à figura da arbitragem interna. Já a atual Constituição de 1988 a trouxe em seu artigo 114 dispondo sobre a arbitragem como solução de litígios trabalhistas.⁹⁷ Os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 também regulamentaram esse instituto.⁹⁸

No caso dos contratos administrativos, a Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, referente à concessão e permissão da prestação de serviços públicos, dispõe:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.⁹⁹

Encontra-se regulamentação nesse sentido, ainda, na Lei de Parceria Público-Privada (Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004), que dispõe sobre as “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.¹⁰⁰

c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo;” BRASIL, Constituição de 1934. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 12 fev.2015.

⁹⁷ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. BRASIL, CF de 1988.

⁹⁸ DELGADO, José Augusto. **A Arbitragem no Brasil – Evolução Histórica e Conceitual**. Revista de Direito Renovar, n. 17, p. 1-24, maio/ago. 2000.

⁹⁹ BRASIL, Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 12 fev.2015.

¹⁰⁰ Mesmo que haja parte doutrinária que discorde desse entendimento, é legalmente prevista a possibilidade de contratos administrativos serem resolvidos pela arbitragem. Os defensores da posição contrária preocupam-se com a indisponibilidade da matéria tratada pela Administração

Passando agora para o panorama geral, em relação à utilização da arbitragem no Brasil, houve dois traços de difícil evolução: a legalidade e aplicabilidade da cláusula de arbitragem; e a necessidade de homologação da sentença arbitral.

A primeira foi resolvida com a assinatura do Protocolo de Genebra de 1923, com o qual foi conferida validade à cláusula arbitral, porém limitada aos contratos comerciais internacionais. Em 1990, o STJ inovou ao entender, pela primeira vez, pelo reconhecimento da obrigatoriedade de resolver um litígio pela via arbitral, quando este tivesse apenas uma cláusula arbitral tratando do assunto, sem conferir a necessidade de haver um compromisso arbitral posteriormente celebrado. Ou seja, a cláusula arbitral previamente celebrada seria suficiente para vincular as partes a submeterem seu conflito à arbitragem.

Quanto à execução da sentença arbitral estrangeira, após a retificação da Convenção do Panamá de 1975, em 1996, houve uma proximidade nos entendimentos de arbitragem interna e internacional, de forma que a sentença proferida em outro país passou a ganhar força executiva sem a necessidade de homologação.¹⁰¹

A ratificação da Convenção de Nova Iorque e a Lei 9.307/96 possuem uma importância histórica ímpar para a evolução da arbitragem no Brasil e serão analisadas adiante.

Pública, sendo incabível uma arbitragem nesses casos, porém nem toda matéria que recai na responsabilidade pública é de caráter indisponível, ajudaria nesses casos utilizar do instituto da arbitragem mesmo pela celeridade do procedimento e pela exaustão de demandas no Judiciário. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.538 e 539).

Houve decisão nesse sentido, consolidando o entendimento da possibilidade do uso da arbitragem em contratos administrativos, a esse respeito, decidiu a Ministra Nancy Andrighi, em 20 de outubro de 2011, no Recurso Especial n. 904.813-PR: “Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos”.

Caio Tácito, defendendo a possibilidade de utilização da arbitragem em contratos administrativos, disserta que “Sempre que puder contratar – o que importa em existência de disponibilidade atinente a interesses e direitos patrimoniais -, poderá a Administração, direta ou indireta, convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público, mas, muito ao contrário, um método para satisfazê-lo de modo mais célere, mais técnico, com custos menores e, sobretudo, com a vantagem da consensualidade”. (TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. v.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 83-88 Temas de Direito Público. v.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 83-88).

¹⁰¹ MORAIS, 2012, p. 214-216.

4.1.2 A Lei 9.307/96

Mesmo com essas várias menções no ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem no Brasil ganhou o reconhecimento atual através da Lei n. 9.307/96 (em anexo). Acabou por ser mais didático separar uma lei específica para tratar do juízo arbitral, diferentemente de como disciplinado pelos ordenamentos italiano e francês, nos quais a arbitragem está delineada dentro do próprio Código de Processo Civil.¹⁰²

Precederam à promulgação da atual lei de arbitragem, três anteprojetos de lei na década de 80, a preocupação do legislador em tratar desse instituto se dava aos problemas da via judiciária, ligados ao excesso de ações que encadeava na morosidade do sistema e nas decisões não satisfatórias. Conforme índices do Relatório da Justiça em Números, já mencionado no item 3.5, 28,3 milhões de novas ações foram pleiteadas em 2013, número este que cresce de ano em ano.¹⁰³

Outro temor do legislador era com a especialidade necessária para resolver certos litígios, sendo por vezes difícil para um juiz ou advogado entender devido à technicalidade necessária.

Estes contras do sistema judiciário ligados aos prós do sistema arbitral, como a rapidez, a liberdade das partes e a evolução na execução das sentenças, suscitaram a primordialidade da promulgação de uma lei específica para tratar do procedimento arbitral.¹⁰⁴

O advogado Petrônio Muniz afirma que, após deparar-se com a realidade da morosidade do sistema judiciário brasileiro em 1990 durante a sustentação oral de um advogado no Tribunal de Justiça de Pernambuco – o qual satirizou a demora do andamento da causa em que estava atuando dizendo que seu filho, agora adulto, ainda não era nascido quando esta se iniciou e teria que assumi-la após sua morte – viu a necessidade de uma alternativa e, portanto, da redação da nova lei de arbitragem.

¹⁰² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 32-33.

¹⁰³ O Estado de São Paulo. **A Justiça em Números**. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-justica-em-numeros-imp-,1572117>>. Acesso em: 13 jan.2015.

¹⁰⁴ MORAIS, 2012, p. 218-219.

O Instituto Liberal de Pernambuco e a Associação Comercial de Pernambuco tornaram-se as entidades responsáveis pelo movimento nomeado “Operação Arbiter”; o Senador Marcos Maciel tornou-se seu representante no Congresso Nacional; e os doutrinadores Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Baptista Martins, instituíram a comissão confiada a criar o anteprojeto da nova lei de arbitragem.

A Lei 9.307 teve sua aprovação dada em 23 de setembro de 1996 e determinou um lugar de respeito ao instituto da Arbitragem, retirando dúvidas antes suscitadas sobre a intervenção estatal em caso de homologação da sentença e a efetividade da cláusula compromissória.¹⁰⁵

4.1.2.1 Constitucionalidade da Lei de Arbitragem¹⁰⁶

A questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei Brasileira de Arbitragem se deu devido à cláusula compromissória e sua relação com o artigo 5º, inciso XXXV da CF, que versa sobre a inafastabilidade do Poder Judiciário:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A doutrina tradicional acreditava que a LdA constituía uma violação do princípio da inafastabilidade do Judiciário. Na verdade, seria uma afronta à liberdade e à dignidade da pessoa humana colocar óbices à possibilidade do indivíduo procurar outras formas de resolver litígios, que não sejam dentro do Judiciário. É isto que é posto em evidência quando o Plenário do Supremo

¹⁰⁵ MUNIZ, Petrônio R. G. **Operação Arbiter**. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005.

¹⁰⁶ O debate sobre a constitucionalidade de critérios da arbitragem não ocorreu apenas no Brasil. Em Portugal houve considerações jurídicas acerca da legitimidade dos tribunais arbitrais, da inconstitucionalidade do DL n. 243/84, da possibilidade da convenção de arbitragem ser anulada por insuficiência de meios econômicos para promover o procedimento arbitral, da inconstitucionalidade da designação do terceiro árbitro para constituir o tribunal arbitral por parte do Secretário de Estado da Energia, da imparcialidade e da responsabilidade dos árbitros, entre outros. Cf. TELES, Miguel Galvão, **Aspectos constitucionais da arbitragem**. Jan/2009. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/estudos/index.php>>. Acesso em: 06 fev.2015.

Tribunal Federal considerou a Constitucionalidade da Lei Brasileira de Arbitragem ao julgar o recurso em processo de homologação de sentença estrangeira por maioria de votos em dezembro de 2001:

Processo: SE-AgR 5206 EP

Ementa: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial.

2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri).

3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE-AgR 5206 / EP –

ESPANHA. Agravo Regimental na Sentença Estrangeiro. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 12/12/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Essa decisão foi pragmática para a mudança de visão do Brasil em relação à arbitragem, não havendo mais como indagar sobre a constitucionalidade ou não da lei de arbitragem. A maioria dos ministros entendeu que, como as partes optam pela via arbitral de forma voluntária, não há o que falar em limitação do acesso à justiça.¹⁰⁷ Portanto, a Lei de Arbitragem não viola o art. 5º, XXXV da CF, apenas possibilita ao cidadão o acesso a meios não-estatais de resolução de conflitos.

Interessante mencionar que, mesmo antes da promulgação da Lei 9.307/96, a arbitragem já era disciplinada em outros textos legais, além disso já haviam outras formas extrajudiciais para resolver conflitos que não eram alvo de discussões acerca da violação do princípio da inafastabilidade do Judiciário.¹⁰⁸

Analisando o preâmbulo da CF, parte da doutrina retira que o próprio texto constitucional acredita numa resolução pacífica de controvérsias, que nada mais é do que o uso das resoluções alternativas de conflitos marcadas pela arbitragem, mediação, negociação e conciliação. Alguns doutrinadores também pensam que a arbitragem simboliza o princípio da razoável duração do processo de forma extrajudicial, já que atenta pela celeridade para achar uma solução para a controvérsia em questão.

De acordo com Jonatas Viana:

Acredita-se que sendo ele (o instituto da arbitragem) verdadeira personificação extrajudicial do Princípio da Razoável Duração do Processo, maior relevância, utilidade e aplicabilidade se empresta ao instituto, na medida em que seria, pelo Princípio do Bloco de Constitucionalidade e o da Proteção ao Núcleo Essencial, protegido contra as intentadas antidemocráticas do Estado, via reforma constitucional.¹⁰⁹

Aclara, ainda, Watanabe, sobre o dever estatal com o acesso à justiça:

¹⁰⁷ CHOYEPAANT, Marisa. **A Cláusula Compromissória**. Revista de Direito dos Monitores da UFF, p. 53.

¹⁰⁸ PICORELLI, Fernanda Estevão. **Constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2899, 9 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19295>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

¹⁰⁹ VIANA, Jonatas. **Arbitragem: Uma visão constitucional**. Temas Atuais de Processo Civil, v. 2, p. 2, 2012.

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais! como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania! e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.¹¹⁰

Assim, vê-se também a necessidade de mudança da mentalidade da sociedade, não devendo o acesso à justiça significar apenas o acesso à via judiciária, na verdade o significado essencial deve ser de que o indivíduo tenha seu conflito solucionado pelo melhor método possível, seja por métodos alternativos extrajudiciais, ou por métodos judiciais, contanto que o melhor interesse do indivíduo seja respeitado.

Não podemos, também, exagerar na questão da arbitragem para resolver todos os conflitos que surjam. Utilizar a arbitragem como regra também é uma afronta ao livre arbítrio do ser humano, ou seja, a arbitragem em caráter obrigatório é vedada, a parte deve ter a possibilidade de optar pelo Poder Judiciário para a resolução de conflitos. O importante é lembrar que o direito de escolha pertence às partes interessadas e cabe a elas optar pelo instituto mais viável.

4.1.2.2 Ratificação da Convenção de Nova Iorque

¹¹⁰ WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>> Acesso em: 23 dez.2014.

A Convenção de Nova Iorque surgiu em 1958 com o objetivo de dispor sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, entrando em vigor em 07 de junho de 1959.

Em abril de 2002, por intermédio do DL n. 52, o Congresso Nacional aprovou este texto, o qual foi promulgado pelo Presidente da República em julho deste mesmo ano, por intermédio do Decreto 4.311.¹¹¹

Sobre o tema, dispõem Castro, Spinola e Siqueira:

A edição da LBA não determinou, por si só, a difusão do instituto da arbitragem entre nós porque, até a decisão do STF acima mencionada, a constitucionalidade da LBA era questionada e contratantes estrangeiros não mostravam interesse em inserir em seus acordos a cláusula compromissória, em face da falta de ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil.

Foi somente no ano de 2002, com a publicação do acórdão do STF e com a ratificação da Convenção de Nova Iorque que desapareceram os dois últimos óbices à definitiva incorporação da arbitragem ao cenário brasileiro.¹¹²

Através da ratificação desta Convenção pelo Brasil, a arbitragem evoluiu no sentido de: ganhar reconhecimento das sentenças estrangeiras pela verificação de alguns elementos formais no país de execução, proibindo a imposição de condições mais onerosas do que as impostas às decisões domésticas para o reconhecimento daquelas decisões; determinar os limites da arbitragem através da arbitrabilidade; e motivar o respeito ao princípio da competência-competência.¹¹³

4.1.2.3 Comparação entre a Convenção de Nova Iorque e a Lei Brasileira de Arbitragem

Na maior parte dos dispositivos o tratado e a lei em muito se parecem, porém há duas situações previstas nas partes finais dos itens 'd' e 'e' do Art. 5º, inciso I da Convenção de Nova Iorque que não possuem igual menção na Lei Brasileira de Arbitragem.

¹¹¹ BRASIL, Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/99843/decreto-4311-02>>. Acesso em: 12 fev.2015.

¹¹² CASTRO, 2012.

¹¹³ CASTRO, Eduardo Spinola e; SPINOLA, Andrea; SEQUEIRA, Castro Villela. **O Futuro da Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei n. 2.937/2011**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. N. 161-162, Janeiro 2012, p. 146-161.

A segunda parte do item 'd' menciona que a execução e o reconhecimento da sentença arbitral podem ser indeferidos quando este não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; e o final do item 'e' diz que a homologação da sentença pode ser indeferida quando for suspensa por lei do país em que foi proferida:

Artigo 5º

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo 2º. estavam, em conformidade com a lei a ela aplicável, de algum modo incapacitado, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou;

b) designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou;

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou;

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou;

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. (Grifo nosso)

Já os incisos do artigo 38 da lei brasileira mencionam a grande maioria das situações em que será negada a homologação da lei arbitral, porém, estas duas situações previstas na Convenção de Nova Iorque acabam sendo omitidas:

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Portanto, por ser mais complexa e se preocupar com a lei local, a Convenção de Nova Iorque é tida como mais rígida na homologação da sentença arbitral, o que torna a lei brasileira mais favorável neste ponto. Quanto a outras questões da arbitragem, a Convenção e a Lei encontram entendimentos semelhantes.

4.1.3 O Novo Código de Processo Civil¹¹⁴

O novo CPC aprovado pelo Senado Federal em 16 de dezembro de 2014 trouxe vários dispositivos (Artigos 3º, 42, 68, 69, 189, 237, 260, 261, 267, 268, 345 a 350, 495, 529, 972, 973 a 977, 1025 e 1075), que garantem o instituto da arbitragem, lhe dando o devido reconhecimento como jurisdição e garantindo às partes a opção de escolha entre a via arbitral e a judicial.¹¹⁵

Para relatar alguns dos supracitados artigos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

(...)

Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelos órgãos jurisdicionais nos limites de sua competência, ressalvadas às partes a faculdade de instituir juízo arbitral, na forma da lei.¹¹⁶

Relembrando o tópico 4.1.2.1 referente à discussão que ocorreu sobre a constitucionalidade da atual Lei de Arbitragem, os doutrinadores que defendiam a

¹¹⁴ O PLS 166/2010 que visa substituir o anterior CPC, aprovado em dezembro pelo Senado Federal, foi, no dia 11 de fevereiro de 2015, encaminhado à sanção presidencial. Notícia de MACHADO, Maria Olívia. **Escritórios Jurídicos e as Mudanças no Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215349,81042-Escritorios+juridicos+e+as+mudancas+no+Codigo+de+Processo+Civil>>. Acesso em: 12 fev.2015.

¹¹⁵ SOUZA, Sérgio Oliveira de. **Regulamentação de Procedimentos Arbitrais no Novo Código do Processo Civil**. Disponível em: <<http://sergiooliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/116475616/confira-como-ficara-a-arbitragem-no-novo-cpc>>. Acesso em: 20 dez.2014.

¹¹⁶ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 20 dez.2014.

inconstitucionalidade da Lei, o faziam com respaldo no art. 5º, XXXV da CF, que regula o direito de acesso à justiça a todos. Com o supracitado artigo 3º do novo CPC, retira-se a dúvida sobre a possibilidade da arbitragem ser um limitador do princípio da inafastabilidade do Judiciário, deixando clara a possibilidade de resolver os litígios por esse instituto sem danificar aquele direito fundamental.

Outra mudança é a Carta Arbitral, que possibilita a aproximação entre Juízo Arbitral e Juízo Estatal, através dela o árbitro pode requerer ao juiz o cumprimento de situações que estejam além de sua competência, contando com a cooperação do Judiciário para o bom andamento do procedimento arbitral.¹¹⁷

Os artigos 345 a 350 conferem um procedimento específico para a parte alegar a existência da convenção de arbitragem, a qual “deverá ser formulada, em petição autônoma, na audiência de conciliação ou de mediação”.

Assim, verifica-se, através do tratamento do Novo Código de Processo Civil, que o instituto está cada vez mais reconhecido e valorizado pelos juristas brasileiros.

4.1.4 Projeto de Lei 7.108/2014¹¹⁸

O PL 7.108/14 surgiu para reformar a Lei 9.307/96 e, com isso, expandir o rol de utilização da via arbitral. O projeto ainda está sendo deliberado pelas Comissões da Câmara dos Deputados e sua ambição é de alterar os artigos 1º, 2º, 4º, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da atual Lei, e inserir os dispositivos 22-A, 22-B e 22-C.

O Projeto ainda encontra diversas discussões doutrinárias, as mais expressivas se limitam aos artigos 1º, 4º e 33 do referido projeto.

O artigo 1º sofre críticas quanto à emenda aprovada pela Casa Legislativa que determina uma regulamentação secundária quando a matéria objeto da

¹¹⁷ “Art. 237. Será expedida carta:

V – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área da sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela antecipada.”

¹¹⁸ BRASIL, Projeto de Lei 7.108 de 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=45DF9F87E207ADB3E9C9D08BD68C1A62.proposicoesWeb?codteor=1225529&filename=PL+7108/2014.>. Acesso em: 17 jan.2015.

arbitragem for um contrato público, regulamento este que poderá gerar uma insegurança jurídica quanto ao instituto.

Quanto ao artigo 4º, a doutrina, na verdade, está enaltecendo a redação que incluiu o §4º à redação atual do artigo, o qual, quando aprovado, disporá:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.

A doutrina entende por bem privilegiar os trabalhadores letrados que podem pactuar cláusula compromissória no sentido de resolver futuros conflitos pela via arbitral, isso traz uma maior segurança jurídica para o procedimento.

Sobre o artigo 33, a insegurança recai no §4º que dispõe: “A parte interessada poderá ingressar em juízo também para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todas as questões submetidas à arbitragem”. Isso pode afetar o objetivo da arbitragem de desafogar o Judiciário, já que a parte sucumbente poderá tentar se valer do Judiciário para mudar a decisão arbitral através da alegação de que nem todas as questões foram discutidas pelo árbitro.¹¹⁹

No que diz respeito às alterações relativas à arbitragem no cenário do Direito do Consumidor, Geraldo Lima Filho aclara:

O Projeto de Lei nº 7.108/2014 que altera a Lei de Arbitragem e a Lei das Sociedades por Ações, atualmente em fase avançada de tramitação, oferece um grande potencial para que mais controvérsias de direito do consumidor sejam solucionadas por meio de arbitragem.

As alterações propostas para a Lei de Arbitragem na área consumerista, com a nova redação do parágrafo 2º do artigo 4º e o acréscimo de um parágrafo 3º neste artigo, mantêm o enfoque sobre contratos de adesão. Além disso, certamente reconhecem a premissa de que a vulnerabilidade é uma qualidade intrínseca da figura do consumidor.¹²⁰

¹¹⁹ CENTRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM LTDA – CEMA. **Lei de Arbitragem completa 18 anos de vigência em via de reforma.** Notícia datada de 19.11.2014. Disponível em <<http://centrodearbitragem.blogspot.com.br/2014/12/lei-de-arbitragem-completa-18-anos-de.html>>. Acesso em: 17 jan.2015.

¹²⁰ LIMA FILHO, Geraldo Luiz dos Santos. **Arbitragem, Direito do Consumidor e Empreendedorismo Virtuoso.** Publicado em 11.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34144/arbitragem-direito-do-consumidor-e-empreendedorismo-virtuoso>>. Acesso em 17 jan.2015.

Na verdade muito do que veio a ser tratado no supracitado Projeto já estava sendo entendido pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros, mesmo assim, o PL 7.108/2014 é um avanço para a arbitragem nacional.

4.2 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem é gênero que possui como espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A convenção determina-se como um acordo entre as partes para que no caso de um litígio existente ou eventual, este seja submetido à arbitragem.

Este acordo vem legislado pelo Capítulo II da Lei de Arbitragem, o qual elucida:

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Sobre a importância da convenção arbitral, França Gouveia aclara:

É a convenção arbitral que determina a jurisdição do tribunal arbitral, isto é, o tribunal arbitral só tem competência quando o litígio que lhe é submetido está integrado na convenção de arbitragem. (...) Se houver decisão sobre matéria não incluída na convenção, essa decisão é anulável, por ser proferida por tribunal incompetente.¹²¹

A convenção arbitral, em qualquer de suas espécies, determina a submissão do litígio ao juízo arbitral, dando origem ao processo arbitral.

4.2.1 Cláusula Compromissória

Na cláusula compromissória o litígio ainda não existe, as partes contratam e estabelecem a resolução de um eventual litígio através da arbitragem.

4.2.1.1 Classificação da Cláusula Compromissória

¹²¹ GOUVEIA, p. 107.

A cláusula arbitral pode ser cheia ou vazia.

A cláusula cheia deve ser exaustiva, conterá a aceitação pelas partes do árbitro escolhido, a maneira como este será escolhido e os procedimentos que serão seguidos (os quais poderão vir identificados na cláusula ou a cláusula pode trazer menção do regulamento que deverá ser seguido), e é por si só autossuficiente, ou seja, não precisa de um posterior compromisso arbitral para vincular as partes.¹²²

A cláusula vazia apenas define que na existência de qualquer conflito este será solucionado pela via arbitral, necessitando de um compromisso arbitral para especificar o procedimento que será adotado.¹²³

As cláusulas cheias podem ser subdivididas em dispositivas e remissivas. As dispositivas são as que optam por traçar cada passo do procedimento que deverá ser seguido. Já as remissivas apenas mencionam o regulamento e este trará os maiores pormenores do procedimento.

Existem, ainda, as chamadas cláusulas patológicas, que são cláusulas arbitrais defeituosas, podendo ser inconsistentes, incertas ou inoperantes.¹²⁴ São cláusulas que dependerão de uma interpretação mais aprofundada, já que devido à sua falta de clareza poderão ser invalidadas.

4.2.1.2 A Autonomia da Cláusula Compromissória

A cláusula arbitral é um elemento autônomo do contrato, ou seja, mesmo havendo nulidade de outras partes do contrato, a cláusula pode permanecer válida. Disserta Luiz Olavo Baptista sobre a autonomia da cláusula arbitral:

A sua autonomia deve ser entendida como a independência em relação ao contrato, de cujo destino está desligada. Assim, a validade e licitude da cláusula arbitral são examinadas separadamente das do contrato principal. Aliás, a doutrina e os tribunais anglo-saxões referem-se a essa qualidade da cláusula arbitral como *severability* ou *separability*, expressões essas, que sublinham a independência da cláusula.¹²⁵

¹²² BOSCO LEE, João e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A Arbitragem no Brasil**. 1ª Ed. Programa CACB-BID de Fortalecimento da Arbitragem e da Mediação Comercial no Brasil. Brasília/DF – 2001, p. 69-70.

¹²³ CHOEPANT, p. 56-58.

¹²⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 139.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 114.

O princípio busca evitar que as partes, contestando o contrato como um todo e requerendo sua nulidade e, por consequência, da cláusula, não submetam o litígio à arbitragem. Foi assim decidido devido a partes que tentavam “fugir” da anteriormente estipulada cláusula arbitral, utilizando desse artifício, de tal modo que reivindicavam a nulidade do contrato para invalidar a cláusula arbitral nele presente.

Para resolver esse problema o legislador determinou a autonomia da cláusula arbitral através do art. 8º da Lei de Arbitragem. Há ainda casos excepcionais que podem levar à anulação do contrato e da cláusula, como quando há incapacidade absoluta de alguma das partes assinantes.

Outro ponto que merece consideração é a cessão do contrato a um terceiro que assume as obrigações de uma das partes, não é obrigatório que este assine a cláusula separadamente, porém é recomendável para evitar futuras arguições de nulidade desta devido ao seu caráter autônomo.

4.2.1.3 Princípio da *Kompetenz-Kompetenz*

No caso de deparar-se com uma situação que anule o contrato e, talvez, até a cláusula arbitral, ou mesmo diante de uma cláusula arbitral defeituosa, quem tem competência para determinar a validade da cláusula é o árbitro, competência essa garantida pelo parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem.¹²⁶

Antes, quando uma das partes invocasse a incompetência do tribunal arbitral para julgar o litígio, era o tribunal judicial que decidia qual era o tribunal competente, tendo, portanto, que passar pelo Juízo Estatal, para poder começar o procedimento arbitral. Hoje, quando isso ocorre é o próprio tribunal arbitral que decide sobre sua competência para resolver a controvérsia.¹²⁷

¹²⁶ Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

¹²⁷ DIAMVUTU, Lino. **O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária**. Disponível em: <arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc>. Acesso em: 12 fev.2015.

O que entra em discussão nesse caso é que as partes acordaram previamente em resolver todo e qualquer conflito através da arbitragem, cabendo ao árbitro decidir sobre sua própria competência em caso de indagação da validade ou não da cláusula arbitral em respeito ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência).

Essa competência-competência possui dois efeitos, a seguir explicados por Marisa Choeypan:

Se ele se entender competente, a arbitragem vai correr normalmente até o final, sem prejuízo de a parte recorrer pela nulidade da decisão, de acordo com o art. 33. (v. art. 20, § 2º). O judiciário, nesse caso, vai ser o segundo juiz, discutindo, se necessário, a questão analisada pelo árbitro.¹²⁸

Entretanto, na prática, esse princípio, conforme entendimento doutrinário, pode ser relativizado, já que a própria Convenção de Nova Iorque prevê que, embora o tribunal estatal que se deparar com um litígio no qual as partes assinaram uma cláusula arbitral deva remetê-lo para o Juízo Arbitral, não o precisa fazer quando houver uma nulidade absoluta da cláusula.¹²⁹

4.2.1.4 Cláusula Compromissória e seu Efeito Vinculante

Esta modalidade de convenção arbitral já foi vista como inútil por tratar-se de uma simples promessa que não obriga as partes do contrato a submeter o conflito à arbitragem, as partes precisariam firmar um posterior compromisso arbitral para deter um efeito vinculante, a cláusula não era mais do que uma simples promessa sem peso obrigacional algum.

Passou, então, a ser adotado o entendimento de que a cláusula compromissória serve como uma obrigação de fazer, que, em caso de descumprimento, pode gerar indenização para a parte lesada. Ainda, não gera uma obrigação das partes de optar pela arbitragem, as partes têm toda a autonomia para decidir resolver seu litígio por meios judiciais.

¹²⁸ CHOEPANT, p. 61-62.

¹²⁹ Artigo II, 3 - O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Hoje já existem muitas decisões determinando o caráter vinculante da cláusula compromissória, e entendendo pela extinção do processo sem julgamento do mérito devido à obrigatoriedade da cláusula acordada, devendo, portanto, ser o conflito redirecionado para a via arbitral.^{130 131}

4.2.1.5 Forma da Cláusula Arbitral

Para a cláusula ser considerada válida, ela precisa ser concretizada na forma escrita. Diferentemente dos textos normativos internacionais, a lei brasileira não determina qual deve ser o documento escrito alvo da cláusula, abrindo espaço para interpretações. No caso deste documento ser enviado por correio eletrônico, foi adotado o entendimento de que apenas será validada a cláusula arbitral ali constante quando esta for confirmada em documento original.¹³²

É também permitida pela lei brasileira a cláusula compromissória por referência, na qual a cláusula se encontra num documento apartado do contrato, desde que faça menção expressa ao contrato.

Quanto às cláusulas arbitrais previstas em contratos de adesão, é preciso haver alguma manifestação expressa do aderente de que concorda com os termos da cláusula e com a utilização da arbitragem, conforme dispõe o artigo 4º, §2º da lei de arbitragem.¹³³

¹³⁰ “A 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a apelação proposta por empresa devedora para extinguir, sem julgamento do mérito, a execução iniciada, com fundamento na cláusula compromissória prevista em contrato firmado entre as partes, subordinando a solução de eventuais conflitos à competência do juízo arbitral. De acordo com o voto do relator do recurso, desembargador Melo Colombi, “uma vez pactuada por partes capazes como forma de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a cláusula compromissória adquire caráter obrigatório e efeito vinculante.” TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo. **TJSP decide que cláusula compromissória tem caráter obrigatório e efeito vinculante.** Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=14571>>. Acesso em: 05 fev.2015.

¹³¹ Em Portugal, a lei já indica que, em caso de cláusula compromissória prevendo que os conflitos devam ser resolvidos por tribunal arbitral, ocorre a chamada *preterição de tribunal arbitral*. Nesse sentido, dispõe o CPC: Art. 494º (Exceções dilatórias). São dilatórias, entre outras, as exceções seguintes: j) A preterição do tribunal arbitral necessário ou a violação de convenção de arbitragem.

¹³² Consta do artigo 6.3 do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional de Buenos Aires, ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 483 de 2001, que: “A convenção arbitral celebrada entre ausentes poderá concretizar-se pela troca de cartas ou telegramas com recebimento comprovado. As comunicações feitas por fax, correio eletrônico ou meio equivalente deverão ser confirmadas por documento original (...).”

¹³³ O PL 7.108/14 vem alterar o artigo 4º, §2º que antes possui a redação: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a

Quanto à utilização do instituto arbitral em conflitos de consumo, há alguns empecilhos, o primeiro advém do art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina:

SEÇÃO II

Das Cláusulas Abusivas

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

De acordo com o dispositivo, há quem entenda que este veda a utilização da arbitragem em relações contratuais de consumo, a Ministra do STJ Nancy Andrighi explica:

O legislador consumerista, inspirado pelo princípio de proteção ao hipossuficiente, reputou prejudicial ao consumidor a pactuação, em contrato, de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no momento da contratação, faltam informações suficientes ao consumidor para que possa optar, livremente e de forma consciente, pela adoção do procedimento arbitral como meio de solucionar futuro conflito de consumo.¹³⁴

Ou seja, a regulamentação se deu apenas como uma precaução do legislador consumerista, podendo, posteriormente, o consumidor e o fornecedor pactuarem em prol da utilização da arbitragem.

A Ministra Andrighi ainda disserta sobre outros obstáculos recorrentes que impossibilitam o consumidor de aderir ao instituto, quais sejam o custo e a possibilidade do fornecedor utilizar da arbitragem para oprimir o consumidor. Quanto ao primeiro, tomando por base o que já é feito em outros países como a Espanha, é possível estabelecer como regra a gratuidade do procedimento nos conflitos de consumo para o consumidor, os custos seriam de responsabilidade

arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.” O qual passará a possuir a seguinte disposição: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado”. Somada ao novo §3º do mesmo artigo que determina: “Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição”. Portanto, a vulnerabilidade do consumidor ainda está sendo levada em consideração, sendo a mudança mais didática, já que o conteúdo permanece o mesmo.

¹³⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 3, n. 9, 2006, p. 13-21.

do Estado ou do fornecedor. Quanto ao segundo obstáculo, seria este ultrapassado quando o consumidor tomasse conhecimento sobre a existência do instituto e como este funciona, e, ainda, seria necessária a criação de um sistema de fiscalização e controle das Câmaras e Conselhos arbitrais, para garantir que os melhores interesses do consumidor sejam protegidos.

Sanadas estas questões, não há motivos para o temor em submeter o consumidor ao procedimento arbitral.

4.2.2 Compromisso arbitral

No caso do compromisso arbitral, o litígio já existe e as partes convencionam de modo a submetê-lo a um juízo arbitral.

Esta modalidade vem determinada pelo art. 9º da lei de arbitragem:

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Enquanto a cláusula arbitral é feita num ambiente amigável em que o litígio é apenas uma possibilidade eventual e futura, o compromisso é celebrado em meio ao conflito, demandando uma certa calma das partes para saber tratar de todos os requisitos necessários para a celebração de um compromisso arbitral adequado ao caso. Pode, ainda, ser celebrado já após o início de uma ação judicial, optando as partes por uma solução mais célere.

4.2.3 Arbitrabilidade

A arbitrabilidade divide-se em objetiva e subjetiva.¹³⁵

A arbitrabilidade objetiva é a determinação de quais litígios podem ser submetidos ao juízo arbitral. Segundo a lei de arbitragem, em seu artigo 1º: “As

¹³⁵ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'Arbitrage Commercial International**. Litec, Paris, 1996, p. 38.

peças capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Os direitos pecuniários são, em suma, disponíveis. Já direitos familiares ou de sucessão são, por sua vez, indisponíveis. A confusão ocorre, porém, quando se trata de algum assunto que não percebe-se claramente se é disponível ou não, como no caso das matérias patrimoniais sensíveis.

Sobre a distinção entre direitos absolutamente indisponíveis e direitos relativamente indisponíveis, dispõe a Prof.^a Mariana França Gouveia:

Indisponível era e é, assim, apenas o direito que não pode nunca deixar de ser exercido, independentemente da vontade do seu titular. O que significa que, se determinada direito é irrenunciável basta que o particular não seja obrigado a exercê-lo, isto é, que esteja na sua disponibilidade propor ou não ação destinada ao ser exercício.¹³⁶

Os direitos de caráter personalíssimos são indisponíveis, eles são inerentes àquela pessoa específica, não podendo ser exercidos por terceiros. Um exemplo disso são os direitos da personalidade, que possuem como titular todo ser humano e são fundamentais à sua existência, recebendo tutela constitucional de direitos e garantias fundamentais definida no artigo 5º da Constituição Federal.

No inciso XXXV deste dispositivo está determinado como um desses direitos, o direito de "Acesso ao Judiciário", daí se retira que apenas as partes signatárias da convenção arbitral estão obrigadas ao Juízo Arbitral. Caso este procedimento estenda-se a terceiros não signatários será uma limitação do direito de acesso ao Judiciário e, portanto, inconstitucional, consideração esta que será melhor tratada mais adiante no tópico referente à constitucionalidade da Lei Brasileira de Arbitragem.

A arbitrabilidade subjetiva trata de quem pode submeter-se à arbitragem, isto dependerá da noção sobre capacidade jurídica no ordenamento jurídico aplicável no caso concreto. Sobre o tema, legisla o artigo V da Convenção de Nova York de 1958:

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente

¹³⁶ GOUVEIA, 2014, p. 147.

se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida;

Portanto, para que um conflito seja considerado arbitrável, nas palavras do Prof. Cláudio Finkelstein, “as partes devem ser capazes, e o objeto da disputa deve adstringir-se a questões relativas a direitos patrimoniais e disponíveis.”¹³⁷

4.3 ÁRBITROS

Carmona diferencia árbitro, arbitrador e compositor amigável. O primeiro é o determinado pelo artigo 13º da lei de arbitragem, determinado pelas partes para resolver um litígio que disponha de direito patrimonial ou disponível. O segundo é indicado no ambiente de um contrato, não há uma ação em andamento, e o arbitrador deverá apenas colaborar para a integração do negócio jurídico. Já o compositor amigável é um árbitro que pode julgar por equidade, isto é um julgamento que reflete as expectativas das partes e o bom senso.¹³⁸

4.3.1 Capacidade para ser Árbitro

O Capítulo III da lei de arbitragem trata do árbitro, quem deve possuir capacidade jurídica e deter a confiança das partes em questão.

Para ser árbitro, a lei determina que a pessoa escolhida seja completamente capaz, excluindo, assim, os relativa e absolutamente incapazes definidos pelos artigos 3º e 4º do Código Civil.¹³⁹ Além disso, apenas a pessoa

¹³⁷ FINKELSTEIN, Cláudio. **A Questão da Arbitrabilidade**. Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. 4, Cap. 13, p. 24-30. 2007, p. 24.

¹³⁸ CARMONA, 2004, p. 200-201.

¹³⁹ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

física pode ser árbitro, retirando a possibilidade de ter como árbitro uma pessoa jurídica.

Em relação aos analfabetos ou aos estrangeiros sem conhecimento da lei nacional, a lei não prevê qualquer ressalva que os impossibilite de ser escolhidos como árbitros.¹⁴⁰

Quanto à possibilidade do juiz estatal ser escolhido pelas partes para atuar como árbitro no litígio em questão, a Lei Complementar n. 35/79 determina em seu artigo 26, II:

Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado):
II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:
a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular.

Assim sendo, com o intuito de reforçar o dever de atuação exclusiva daquele na judicatura, a lei exclui a possibilidade do exercício de qualquer outra função, aí incluída a de árbitro, que não a de professor.¹⁴¹

4.3.2 Nomeação dos árbitros

As partes estão livres para nomear um ou mais árbitros para a resolução do litígio, porém, com o escopo de obstar um empate na decisão arbitral, o número de árbitros deverá sempre ser ímpar.

Na prática, o mais comum é a escolha de três árbitros, sendo cada parte responsável pela escolha de um árbitro e estes definem entre si quem será o terceiro. Caso não haja um acordo entre os dois para determinar a nomeação do terceiro, haverá intervenção do juiz togado.¹⁴²

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

¹⁴⁰ CARMONA, 2004, p. 202-203.

¹⁴¹ Ibid., p. 203-204.

¹⁴² "Art. 13, §2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei." Lei de Arbitragem brasileira.

As partes têm a possibilidade de escolher diretamente os árbitros e o método de seleção, ou escolher a instituição de arbitragem que lhe agrade e seguir o método por essa definido. Nessa segunda hipótese, deverão as partes e os advogados se atentarem à lista de árbitros presentes na instituição, já verificando se aqueles nomes possuem as qualidades que lhe sejam fundamentais, como o idioma falado, a nacionalidade, a idoneidade, entre outras.¹⁴³

Os árbitros nomeados votarão para definir quem será o presidente do Tribunal Arbitral, o árbitro com mais votos será o indicado para o cargo, caso haja impasse na escolha, o mais idoso será presidente, segundo o §4º do artigo 13 da lei de arbitragem.

A lei, além do mais, possibilita, se oportuno, a nomeação de um secretário, o qual, como determina Carmona:

(...) se encarregará dos atos processuais do juízo arbitral, qual verdadeiro escrivão. Caberá ao secretário organizar os autos (se houver), providenciar as atas das sessões e audiências, bem como a comunicação dos atos processuais. Este trabalho de documentação é fundamental para a eventual e futura demonstração da regularidade da arbitragem.¹⁴⁴

Portanto, o secretário fará o papel de escrivão, sendo responsável pela parte burocrática que se dá através do trabalho documental e que é de suma importância para demonstrar que o procedimento arbitral se deu de forma lícita e regular.

4.3.3 Qualidades do Árbitro

O §6º do artigo 13 fixa as cinco qualidades que o árbitro deve possuir.¹⁴⁵

Primeiramente, fala-se em imparcialidade, um dever de suma importância para a validade do procedimento arbitral. Ocorre que, quando a parte nomeia “seu” árbitro, ela não espera que aquele seja completamente imparcial, e sim que

¹⁴³ CARMONA, 2004, p. 205.

¹⁴⁴ Ibid., p. 207.

¹⁴⁵ “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes
§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

advogue a seu favor no caso. Esta hipótese deve ser evitada a todo custo, já que a parcialidade do árbitro pode acarretar numa nulidade de julgamento.

Os modos para respeitar a independência e a imparcialidade do árbitro serão adiante vistos com maior destreza, já que tratam-se essas de características que, além de serem muito relevantes para este estudo, são demasiado complexas.

Quanto à competência do árbitro, refere-se à necessidade do árbitro possuir conhecimento sobre o assunto objeto da controvérsia em questão, de modo que possa este proferir uma decisão mais especializada do que haveria se o litígio estivesse sujeito à justiça estatal. Dentre essas capacidades especiais que aquele deve possuir para agir com competência, estão: a experiência na área; os anos de participação em determinada empresa; e o conhecimento de línguas estrangeiras, especialmente o conhecimento do idioma escolhido na cláusula arbitral.

Outra característica que deverá ser considerada é a diligência com a qual deve o árbitro atuar. Esta diligência está aqui entendida de duas formas: a pessoa nomeada como árbitro, somente deverá aceitar esta nomeação se puder se comprometer com a causa e dedicar-lhe o tempo e a atenção devida; e, além disso, deve atuar de forma a manter os custos do procedimento arbitral aceitáveis e suportáveis pelas partes.¹⁴⁶

4.3.4 Pagamento das despesas

Além do valor dos honorários do árbitro e das taxas de administração da instituição escolhida (em caso de arbitragem institucional), devem as partes arcar com as demais despesas necessárias seja para a realização de perícias, notificações ou deslocamento dos árbitros. Estas despesas poderão ser cobradas antes de iniciar-se o procedimento arbitral como uma garantia de que o procedimento será realizado com a devida precisão e perfeição.¹⁴⁷

Este adiantamento de verbas previsto em lei, não pressupõe a possibilidade de o árbitro requerer também o adiantamento de seus honorários.

¹⁴⁶ Ibid., p. 208-211.

¹⁴⁷ Ibid., p. 211-213.

Porém, na prática, pode ocorrer o depósito de um percentual do valor dos honorários definido pelas partes em conjunto com o árbitro, nas instituições arbitrais já há uma tabela prevendo um valor base para os honorários em consideração com a quantidade de horas trabalhadas.¹⁴⁸

4.3.5 Dever de Revelação do Árbitro

Segundo o artigo 13, §6º supracitado: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.” Por conseguinte, para ser árbitro, o indivíduo deve respeitar certos requisitos, a imparcialidade e a independência são tidas como os deveres de maior importância a serem respeitados.

De modo a garantir que o árbitro seja imparcial e independente, lhe foi dado outro dever: o de revelação (*duty of disclosure*), que existe para prevenir uma possível nulidade posterior da sentença pela falta de atendimento dos requisitos supracitados. Com este dever, o árbitro revela as relações com as partes que possam comprometer sua decisão e a parte vulnerável pode optar por escolher um novo árbitro para resolver o litígio.

É sabido que o árbitro é indicado pelas partes para resolver um determinado litígio. Portanto, é preciso haver alguma relação entre as partes para ocorrer essa indicação. Não são todas as relações entre árbitro e partes que são

¹⁴⁸ Meramente a título exemplificativo, interessante mostrar a tabela de custas e honorários dos árbitros da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, válida até 31 de julho de 2013:

3. HONORÁRIOS DOS ÁRBITROS

3. 1 - Os honorários do(s) árbitro(s) deverão ser recolhidos, em partes iguais, pelo Requerente e pelo Requerido, quando solicitado pela Câmara, de acordo com o seguinte critério:

Valor da demanda (R\$)	Mínimo de Horas por árbitro
Até 99.999,99	30
De 100.000,00 a 499.999,99	50
De 500.000,00 a 999.999,99	80
A partir de 1.000.000,00	100

3.2 - Os honorários do(s) árbitro(s) serão calculados na base de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) por hora.

3.3 - Durante o procedimento arbitral, a Câmara solicitará relatórios de horas parciais ao(s) árbitro(s) e, caso o número de horas ultrapasse o valor mínimo recolhido pelas Partes, será solicitada a respectiva complementação.

Disponível em: <http://www.camaradearbitragem.org.br/index.php/pt-BR/tabela-de-custas/4-principal/principal/5-tabela-de-custas-antiga>. Acesso em: 10.nov.2014.

vetadas, apenas aquelas que possam afetar o bom andamento do procedimento arbitral.¹⁴⁹

Assim sendo, o árbitro deverá revelar quaisquer relações com as partes que impliquem em dúvida sobre sua independência ou imparcialidade. Este dever perdura durante todo o procedimento arbitral, podendo o árbitro comunicar caso descubra, após iniciado o procedimento, uma relação cabível da referida dúvida.

Carmona cita alguns exemplos, com a ajuda do Código de Ética da IBA, nos quais o árbitro deve utilizar-se do dever de revelação:

Relações negociais anteriores ou atuais, diretas ou indiretas, com qualquer uma das partes ou com potenciais testemunhas para o caso; existência de relações sociais substanciais com alguma das partes ou com testemunha potencial; e ainda o alcance do eventual conhecimento prévio que tenha do litígio.¹⁵⁰

Assim, o árbitro, respeitando o dever de revelação, deverá comunicar qualquer outra transição negocial ou relação social considerável que tenha com as partes ou com as testemunhas, além de possível informação que já tenha recebido sobre o conflito em questão, de modo a manter a máxima imparcialidade na decisão do caso.

Em entrevista à ConJur, Carlos Nehring orienta como o árbitro pode evitar de ser considerado corrupto:

ConJur — Como evitar esse tipo de pendências com os árbitros?

Carlos Nehring — Quando se é nomeado árbitro você tem que se perguntar: eu já trabalhei para este cidadão ou para este grupo? Eu já o defendi em alguma causa? Eu já fiz um parecer para esta companhia no passado? Depois de todas as respostas negativas, você é um cidadão independente, o público está convencido que você é um cidadão imparcial. Então, você reúne as qualidades para ser e aceitar a função de árbitro. No termo de independência, é melhor relatar qualquer coisa, do que esconder. Há advogado, que não reconhecendo os méritos da arbitragem, quando sente que o vento está tocando em uma direção que não lhe agrada, começa a criar problemas em relação ao árbitro. Em certos momentos, cria uma tal animosidade que o árbitro não tem outro

¹⁴⁹ BOSCO LEE, João; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. **A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal?** Revista Brasileira de Arbitragem (Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB). Volume Volume IV Issue 14. 2007, p. 9 – 22.

¹⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 217.

remédio senão o de renunciar. Isso é um mal que se faz contra o instituto da arbitragem.¹⁵¹

O dever de revelação, embora de suma importância para o andamento justo do procedimento, não poderá ultrapassar os limites do direito à privacidade de que goza o árbitro, o árbitro deverá revelar somente o que interferir em sua independência para atuar naquele caso, podendo se escusar da função caso necessário ou, mesmo, possibilitando que as partes o recusem.

O art. 14 da LdA dispõe que algumas das hipóteses de suspeição e impedimento tratado no CPC que impossibilitam o juiz de atuar no litígio, devem também ser respeitadas pelo árbitro. No §1º do mesmo artigo é determinado que o árbitro deve revelar as situações que afetem sua imparcialidade e independência em resolver o conflito.

Assim sendo, o árbitro deve revelar as relações legalmente previstas que possam afetar sua independência, sem ultrapassar as barreiras de sua privacidade, podendo simplesmente escusar a função caso acredite que sua privacidade está sendo violada. Porém, aceitando a função, deve este revelar todas as hipóteses ressalvadas pela Lei e pelo regulamento da instituição de arbitragem, mantendo a confiança das partes e clarificando quaisquer questões sobre sua independência.¹⁵²

4.3.6 Ética dos Árbitros

Os regulamentos arbitrais, em geral, não demonstram com clareza como os árbitros devem agir para respeitar os valores éticos da profissão ou mesmo os casos de “dúvida justificada” que remetem ao dever de revelação do árbitro.

O Código Arbitral Brasileiro não é diferente, em seus artigos 13 e 14 ele tenta demonstrar os deveres de atuação do árbitro, remetendo, ainda, aos artigos 134 e 135 do CPC que identificam os casos de impedimentos e suspeição dos juízes.

¹⁵¹ Cf. entrevista de Carlos Nehring à Conjur, intitulada **Atalhos da Justiça: Judiciário não tem como competir com arbitragem**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-23/entrevista-carlos-nehring-netto-advogado-especialista-arbitragem>>. Acesso em: 14 jan.2015.

¹⁵² BAPTISTA, Luiz Olavo. **Constituição e Arbitragem: dever de revelação, devido processo legal**. Revista do Advogado. Ano XXXIII, n. 119, 2013, p. 103-109.

Ocorre que as funções de juiz e árbitro, embora se assemelhem aquando do dever de decidir o litígio em questão, em muito diferem. Primeiramente, porque os árbitros determinam uma solução para o litígio que não está sujeita a recurso. Em segundo lugar porque, na falta de uma avaliação correicional no âmbito arbitral, as condutas dos árbitros estão sujeitas à fiscalização dos entes envolvidos, sejam as partes, a instituição arbitral ou os próprios árbitros.

Portanto, a suspeição e o impedimento que se aplica ao juiz não são suficientes para determinar o comportamento ético dos árbitros.

É preciso de um maior embasamento para determinar o padrão de conduta que deve ser seguido pelos árbitros, para isso foram criadas as recomendações do “Código de Ética para Árbitros” do Conima – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, o qual se baseia nos princípios fundamentais para regular as relações dos árbitros, sejam eles sujeitos à arbitragem institucional ou *ad hoc*.¹⁵³

No âmbito internacional, existem as Diretrizes da IBA (International Bar Association) relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional. Essas Diretrizes determinam com maior clareza a responsabilidade ética dos árbitros ao explicitar cada princípio geral através de notas explicativas e trazer, ao final, listas que exemplificam situações específicas e não taxativas.¹⁵⁴

É de interesse global a existência de uma homogeneidade nas normas arbitrais e, por conseguinte, um maior entendimento no que seria um comportamento ético adequado do árbitro, para isso podemos nos basear nas listas exemplificativas da IBA e adotar um método semelhante que permita a

¹⁵³ O referido Código é formado por oito artigos e pode ser acessado no link <http://www.conima.org.br/codigo_etica_arb>. Este Código não possui força normativa, mas pode ganhar eficácia ao ser inserido na convenção arbitral ou termo de arbitragem ou, ainda, ao ser adotado pelas instituições arbitrais.

¹⁵⁴ Sobre corrupção na arbitragem internacional, disserta Michael Hwang (with co-author Kevin Lim), no seu artigo "Corruption in Arbitration - Law and Reality" (expanded version of Herbert Smith-SMU Asian Arbitration Lecture, 4 August 2011, Singapore; forthcoming AIAJ, p. 83: "Special care must be taken by the arbitrator to avoid being consciously or unconsciously affected by rumours or innuendo; through the quality of their submissions, parties may also be able to play a part in tackling this problem. In addition, it is an open question to what extent law enforcement authorities have an interest in prosecuting arbitrators for failure to disclose suspicions of corruption, or whether it is even practically possible given the confidentiality that often shrouds arbitral proceedings, notwithstanding arguably clear anti-money laundering legislation, which may suggest that they are under such a duty of disclosure. We are unaware of any arbitrator coming forward to report to the authorities his or her suspicions of corruption aroused from hearing a case, and this status quo looks set to continue, pending further guidance on this grey area"

aparição de uma maior segurança na adoção de procedimentos arbitrais com a certeza de ter seu litígio julgado da forma mais justa possível.¹⁵⁵

4.4 SENTENÇA ARBITRAL

Embora ainda exista a palavra “laudo” na lei de arbitragem atual (art. 33, §2º, II), a predominância é do uso da terminologia “sentença arbitral”. Antes, na redação original do Código Civil, a decisão proferida pelos árbitros em procedimento arbitral recebia a denominação de “laudo arbitral”, enquanto as decisões jurisdicionais eram chamadas de “sentenças”.

Sobre o tema, critica Câmara:

(..) o árbitro, embora exerça função pública, não exerce a atividade jurisdicional, a qual permanece como monopólio do Estado. Assim sendo, não me parece adequada a denominação empregada na Lei de Arbitragem, por parecer que o árbitro exerce uma função estatal, o que não corresponde à verdade. Ao empregar a denominação aqui combatida, a Lei de Arbitragem, a meu sentir, provoca um desprestígio do Poder Judiciário, o que contraria o próprio espírito da lei. Sentença é, e será sempre, ato jurisdicional. O árbitro não exerce função com esta natureza, uma vez que o processo arbitral não é um processo jurisdicional. Assim sendo, por um silogismo extremamente simples, há de se chegar à conclusão que a decisão do árbitro deve ser chamada, simplesmente, de laudo arbitral.¹⁵⁶

Carmona discorda desse entendimento por entender que não é necessária uma diferenciação terminológica entre as decisões proferidas pelo árbitro e pelo juiz togado. Entende este que ambas as decisões possuem a mesma eficácia, portanto, nada mais correto que possuírem a mesma denominação.¹⁵⁷

Na verdade, pode-se até entender que os críticos da nomenclatura não veem a sentença arbitral e a judicial de modo equitativo, o que soaria como uma afronta à evolução do papel da arbitragem no país, já que as referidas sentenças devem ser igualmente respeitadas por vincularem as partes assim que proferidas.

4.4.1 Prazos

¹⁵⁵ GREBLER, Eduardo. **A Ética dos Árbitros**. Revista Brasileira de Arbitragem, (Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB). Volume X, Issue 40. 2013, p. 72 – 77.

¹⁵⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº. 9.307/96**. 4ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 110.

¹⁵⁷ CARMONA, 2004, p. 278-280.

Levando-se em consideração a natureza do procedimento arbitral de autonomia das partes em todas suas fases, aqui não seria diferente. Embora a lei determine um prazo de seis meses para a apresentação da sentença pelos árbitros (a sentença deve ser proferida dentro do prazo, mesmo que a notificação das partes venha a ser dada após o vencimento daquele), as partes podem, já na convenção de arbitragem, estabelecer um prazo que julgam necessário.

Este prazo pode ser mais extenso, o que poderá beneficiar as partes em questão de segurança em relação à exposição de todos os fatos necessários para uma decisão coerente com o litígio. Ou mais curto, podendo vir a favorecer as partes devido ao menor custo do procedimento.

Mesmo que não acordado um prazo diferente dos seis meses legais, as partes podem prorrogar o prazo, desde que em comum acordo e após consultar o árbitro responsável.¹⁵⁸

4.4.2 Características

De acordo com o art. 24 da lei de arbitragem, a sentença arbitral deverá ser proferida de forma expressa, em documento escrito. Neste quesito, não há possibilidade de convenção das partes em contrário: a lei determina o uso da forma escrita e qualquer sentença proferida em outra forma será considerada nula. Isto se dá pela necessidade do documento escrito no caso de execução da sentença.

O §1º deste mesmo artigo prevê que a decisão deverá ser alcançada pela maioria dos árbitros, em caso de pluralidade de árbitros. Quando houver divergência qualitativa, o voto do presidente do tribunal arbitral deverá prevalecer.

Ocorre que, embora pareça simples determinar o que a maioria decidiu, até por ser obrigatório um número ímpar de árbitros, na prática a questão se torna um pouco mais complicada. Pode ocorrer de, por exemplo, os árbitros acordarem qual parte deve ser a responsável por indenizar, mas não no valor da indenização. Seria esta uma situação de divergência quantitativa. Neste caso, duas soluções se tornam viáveis, o sistema da continência e o sistema da média aritmética.

¹⁵⁸ Ibid., p. 281-283.

José Carlos Barbosa Moreira explica que o sistema da continência:

(...) consiste em verificar qual das quantidades fixadas nos diferentes votos se acha contida no menor número de pronunciamentos suficientes para compor a maioria. Dispõem-se os votos em ordem de grandeza decrescente, de acordo com o *quantum* indicado em cada qual; parte-se daquele que indicou a maior quantidade e vai-se descendo na escala, até que se reúna um número de votos superior à metade do total. Prevalecerá o *quantum* fixado no último dos votos necessários para atingir-se esse número: o terceiro, v.g., se forem cinco os votantes. Exemplo: A condenou o réu em 80, B em 50, C em 30, D em 20 e E em 10. A condenação em 30 está contida em três votos (os de A, B e C), bastantes para formar a maioria; logo o pronunciamento do colegiado será no sentido de condenar o réu em 30.¹⁵⁹

Quanto ao sistema da média aritmética, Moreira elucida:

(...) consiste em somar as várias quantidades e dividir o total pelo número de votantes. No exemplo supra, o resultado seria: $(80 + 50 + 30 + 20 + 10) : 5 = 38$.¹⁶⁰

No Brasil, não existe uma posição uniforme em relação ao sistema adotado, cada Estado escolhe o sistema que lhe parece mais razoável e o disciplina através de seu regulamento interno.¹⁶¹ Aos olhos de Carmona, o sistema da continência deveria prevalecer.¹⁶²

Conforme entendimento do §2º do artigo supracitado, o árbitro com entendimento diverso da maioria poderá fazer uma declaração de voto vencido.

4.4.3 Requisitos

Os requisitos fundamentais à sentença arbitral, determinados pela lei de arbitragem, em muito se assemelham aos requisitos necessários à formação da

¹⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V, Editora Forense, Rio de Janeiro: 2010, p. 671.

¹⁶⁰ Ibid., p. 673.

¹⁶¹ “Art. 84 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Se a impossibilidade de apurar-se a maioria for devida à divergência qualitativa, o Presidente porá em votação, primeiro, 02 (duas) quaisquer dentre as soluções sufragadas, sobre as quais terão de manifestar-se obrigatoriamente todos os votantes, eliminando-se a que obtiverem menor número de votos; em seguida, serão submetidas à nova votação a solução remanescente e outra das primitivamente sufragadas, procedendo-se de igual modo; e assim sucessivamente até que todas se hajam submetido à votação. Será vencedora a solução que obtiver a preferência na última votação.” Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/regitjrj.pdf>. Acesso em: 24 nov.2014.

¹⁶² CARMONA, 2004, p. 285-287.

sentença judicial, previstos no Código de Processo Civil.¹⁶³ O que está previsto no art. 26 da lei de arbitragem e não tem sua correspondência no art. 458 do CPC, é a necessidade de local e data no corpo da sentença, já que é isto que definirá se uma sentença arbitral é ou não estrangeira.

Assim sendo, a sentença arbitral será formada por relatório, fundamentos, dispositivo, lugar, data e assinatura dos árbitros.

O relatório deverá ser composto de um resumo imparcial das questões essenciais trazidas a conhecimento do árbitro, de modo a demonstrar que as alegações das partes foram levadas em consideração no momento da articulação da sentença.

Na fundamentação, o árbitro passa a motivar sua decisão trazendo as questões de fato e de direito em que se baseou. Nesta fase a imparcialidade é deixada de lado, e o árbitro começa a demonstrar seus juízos de valor em relação ao litígio. Esta fase é importante para revelar possíveis erros de compreensão do árbitro sobre os fatos relatados, de modo a legitimar a decisão ou demonstrar a incapacidade profissional do árbitro responsável.

Por fim, no dispositivo o árbitro decidirá o litígio. Aqui ele estará limitado pelo conteúdo da convenção arbitral, a qual estipulará quais questões podem ser julgadas por arbitragem; e pelo pleito das partes, ou seja, não pode o árbitro dar mais do que foi pedido (*ultra petita*) ou dar coisa diversa do que foi pleiteado (*extra petita*).¹⁶⁴

¹⁶³ **Art. 26 da Lei de Arbitragem:**

São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

- I - o **relatório**, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;
- II - os **fundamentos** da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
- III - o **dispositivo**, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
- IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 458 do Código de Processo Civil:

São requisitos essenciais da sentença:

- I - o **relatório**, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os **fundamentos**, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o **dispositivo**, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

¹⁶⁴ CARMONA, 2004, p. 293-296.

Respeitados os requisitos acima expostos, a sentença arbitral final tem eficácia de título executivo judicial, de acordo com o artigo 475-N, IV do Código de Processo Civil.¹⁶⁵

4.5 A ARBITRAGEM COMO UMA “SAÍDA”

Rafael Bicca Machado, correlacionando a existência dos organismos judicial e arbitral, com os estudos do economista alemão Albert Hirschman,¹⁶⁶ prevê que a arbitragem pode ser mais benéfica do que aparenta por, além de ser uma alternativa ao monopólio estatal da prestação jurisdicional, também resultar em uma melhora dessa instituição.

Segundo Hirschman quando a sociedade nota uma deterioração na qualidade de uma organização na qual tem algum interesse, seja por contratar seus serviços ou comprar seus produtos, por exemplo, poderá demonstrar sua frustração através de dois métodos denominados “saída” e “voz”.

Pela saída, as pessoas estariam incitando a concorrência, de modo que, se a organização não está atendendo aos seus maiores interesses, elas podem, simplesmente, trocá-la por outra de maior qualidade. Através da voz, as pessoas descontentes com aquela organização demonstrariam sua insatisfação através de protestos, reclamações com a direção, ações judiciais, entre outros.

A escolha por uma ou outra modalidade depende, em suma, da lealdade da pessoa com aquela organização, dependendo do grau de lealdade, a pessoa pode procurar artifícios para não sair de vez, e sim utilizar da sua voz.

Quando existe um equilíbrio na quantidade de pessoas alertas, que veem a necessidade de utilizar uma das modalidades, e de pessoas inertes, há uma baixa

¹⁶⁵ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:
IV – a sentença arbitral.

¹⁶⁶ “Hirschman se opôs à aplicação da doutrina econômica convencional ao desenvolvimento econômico. Considerava que as medidas para desenvolver um país devem ser analisadas caso a caso, mediante a exploração dos recursos locais para conseguir os melhores resultados. Impor uma estrutura doutrinária uniforme sem considerar as circunstâncias locais era, segundo ele, uma receita para o desastre.

Hirschman também estudou a interação entre a soberania do consumidor e a concorrência empresarial no interessantíssimo e famoso livro de 1970, “*Saída, Voz e Lealdade*.” Biografia disponível em: <http://www.corecon-rj.org.br/Grandes_Economistas_Resultado.asp?ID=68>. Acesso em: 12 fev.2015.

na renda da organização, que procura melhorar sua qualidade para ganhar novamente a confiança da sociedade.

Para Machado, esta teoria pode ser relacionada com a visão da arbitragem como uma “saída” em relação ao judiciário. Ainda, potenciando os estudos de Hirshman, Machado prevê um assistencialismo entre “voz” e “saída”.

Ocorre que através da voz, a sociedade demonstrou sua insatisfação com o Poder Judiciário, e devido a essas reclamações, foram surgindo alternativas como a criação de juizados especiais, e, mesmo, a promulgação da Lei de Arbitragem atual.

Portanto, a Arbitragem surge para dar espaço para a existência de um meio de resolução de litígios que não depende da intervenção do Estado, bem como para melhorar a qualidade do organismo que é o Poder Judiciário, de forma que se houver uma diminuição da procura pelo Judiciário, os juízes terão mais tempo para tratar de cada caso, agindo com a devida atenção, resultando numa maior qualidade do sistema como um todo. Além da preocupação em melhorar a organização quando esta se depara com a retirada de muitos de seus “membros”.¹⁶⁷

4.5.1 Vantagens da Escolha pelo Juízo Arbitral

São várias as vantagens da escolha pela via arbitral no lugar da via judicial, elenca Bolzan:

a) **Vantagens da arbitragem:**

- Rapidez relativamente maior do procedimento arbitral em contraposição ao procedimento judicial;
- Procedimento em tese mais barato, embora em muitos casos a arbitragem possa resultar inclusive mais cara do que uma ação judicial;
- Execução do laudo arbitral atualmente fácil;
- Possibilidade de se seguir executando o contrato objeto do litígio enquanto se busca uma solução à controvérsia;
- Desejo de manter as relações cordiais e de colaboração entre as partes;
- Desejo de manter a confidencialidade ou privacidade da controvérsia;

¹⁶⁷ MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem como “Saída” do Poder Judiciário*. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.) – **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 359-380.

- No campo internacional, evitar a submissão a tribunais estrangeiros, devido aos custos excessivos, ao pouco conhecimento do direito estrangeiro, o problema do idioma e das demoras;
- A facilitação da transação, pois a experiência já mostra que a natureza do instituto muitas vezes leva as partes a adotar um acordo mais facilmente do que no caso de uma ação judiciária normal.¹⁶⁸

Quanto ao segundo ponto levantado por Bolzan, importante ressaltar que embora a arbitragem não seja uma forma muito barata de resolver litígios, ela pode ser sim menos custosa do que a via judicial, já que esta pode levar anos de trâmites e despesas processuais e advocatícias, enquanto aquela tem o benefício de se resolver em muito menos tempo.

Dentre as mais importantes vantagens, de acordo com Sebastião José Roque estão: a liberdade de escolher o árbitro que decidirá o litígio; a celeridade do procedimento arbitral; o sigilo do procedimento; e a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável.

As partes poderem optar pela pessoa que eles consideram mais confiável para decidir o litígio traz uma confiança para o procedimento como um todo, já que muitas pessoas desconfiam da imparcialidade dos juízes, que são determinados pelo Estado.

Quanto à celeridade, legalmente o prazo dado para o árbitro resolver o litígio é de seis meses, podendo as partes acordar por outro prazo, inclusive há um caso em que as partes optaram pelo prazo de uma semana para ter seu litígio solucionado.

O sigilo do procedimento é outro atrativo, já que, enquanto o Judiciário tem como regra a publicidade de suas ações, com exceção de alguns casos específicos, como disputas familiares; a Arbitragem, pelo contrário, tem como regra o sigilo, podendo as partes permitir a presença de um terceiro.

Sobre a possibilidade da escolha do direito a ser aplicado, Roque elucida:

A complexidade do mundo moderno, mormente das atividades empresariais, está exigindo profunda reformulação jurídica. Dependendo do caso a ser julgado, as partes poderão selecionar qual o direito mais adequado à espécie.^{169 170}

¹⁶⁸ MORAIS, 2012, p. 246.

¹⁶⁹ ROQUE, Prof. Sebastião José. **Arbitragem: A solução Viável**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2009, p. 25.

Mesmo com todas essas vantagens, ainda há entraves à escolha das pessoas pela Arbitragem. Primeiramente, devido à forte influência do Estado na população brasileira; e, em segundo lugar, por causa da falta de árbitros especializados.

Sobre o primeiro problema, disserta o autor:

Acreditamos na influência estatal sobre o povo brasileiro como um dos motivos de repulsa de uma justiça não estatal. Tudo no Brasil depende do governo; a ambição do brasileiro é ser funcionário público, tudo que se torna necessário fazer, atribui-se a obrigação ao governo. (...) Como tudo se espera do governo, espera-se também a justiça. Para a maioria dos brasileiros, não se concebe Estado que não ministre justiça. Esta mentalidade geral tem sido entrave sério para o desenvolvimento da arbitragem.¹⁷¹

Ou seja, é preciso mudar a mentalidade da população brasileira que coloca todas suas esperanças na jurisdição estatal. E, para solucionar esta e a segunda questão, nada melhor do que começar pela educação, sobre isso, ensina Roque:

Como não temos tradição, não temos ainda no Brasil um corpo de pessoas preparadas para o exercício da arbitragem. (...) Urge, pois, a tomada de posição, neste sentido, de todos os que se dedicarem à arbitragem, promovendo e divulgando-a, em seminários e cursos, com preferência nas faculdades de Direito e Economia. Imprescindível será que a arbitragem seja um capítulo do ensino do Direito Internacional, Direito Processual Civil e Direito Empresarial, em todas as faculdades de Direito do país, adotando-se inclusive a elaboração de peças jurídicas, como compromisso, cláusula compromissória, sentenças e outros.¹⁷²

Por fim, o autor conclui que a Arbitragem não solucionará todos os defeitos da jurisdição estatal, mas pode contribuir para atenuar sua morosidade, saindo até mais benéfica para o cidadão que por ela optar, em comparação com os aborrecimentos causados pela via judicial.

¹⁷⁰ Mesmo que esta seja vista como uma característica também dos contratos internacionais, não deixa de ser uma vantagem da arbitragem já que nem todos os sistemas jurídicos são adeptos da ideia da autonomia de vontade no Direito Internacional Privado.

No Brasil, por exemplo, o art. 9º da LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – dispõe: “Art. 9º—Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.” Portanto, para a maioria doutrinária, isso representa uma limitação à autonomia de vontade das partes. Ao contrário da arbitragem, em que as partes têm liberdade de escolha do direito aplicável quanto ao procedimento e ao mérito do litígio. DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297.

¹⁷¹ Ibid, p. 27.

¹⁷² Ibid, p. 28.

4.5.2 Desvantagens da Arbitragem

Porém, é claro que o receio da população em adotar a via arbitral também não vem sem nenhum fundamento, Bolzan descreve as desvantagens que essa via pode representar:

b) Desvantagens da arbitragem:

- Pode ocorrer do procedimento ser mais lento e demorado do que a via judiciária;
- Há a eminência de intervenção judiciária, o que constitui ameaça constante de que de um jeito ou de outro a resolução da controvérsia acabe por se dar no juízo estatal, com todos seus entraves;
- Na hipótese de o caso litigioso de entendimentos extensivos, sustentados por correntes jurisprudenciais e julgados, efetivamente, o meio arbitral não será o mais idôneo;
- A carência de procedimentos rígidos pode dar margem a atos ilegítimos, imorais etc., ou dar lugar a disputas ainda maiores entre as partes;
- Ausência de neutralidade, pois, por vezes, os árbitros privados mantêm relações com uma das partes ou com os advogados da parte;
- Preexistência de ressentimentos entre as partes é o típico caso em que a flexibilidade do procedimento arbitral torna-se uma inconveniência, pois falta uma autoridade forte, capaz de pôr fim a combates processuais de imediato.

Mesmo que a sentença arbitral não necessite, atualmente, de homologação do Poder Judiciário para ser considerada eficaz, em caso de necessidade de execução daquela sentença, ou seja, quando uma das partes se recusa a cumprir o determinado pelo árbitro, faz-se necessária a intervenção judicial pela sua força coercitiva, já que o árbitro não detém tal poder. A atuação do árbitro vai até o momento em que este proferir a sentença arbitral, a partir de então cabe ao Judiciário intervir caso a decisão não seja cumprida, porém, é importante ressaltar que embora o papel do árbitro esteja limitado, também está o do Juiz, que não poderá alterar em nada o mérito da decisão.

Existem países que já dão uma maior competência ao árbitro permitindo que este mesmo exerça a força coercitiva e execute suas próprias decisões, algo que seria muito útil para o Brasil já que o objetivo final da arbitragem é o desafogamento do Judiciário.¹⁷³

¹⁷³ JUNQUEIRA, Clariana. **A possibilidade de execução, pelo juiz arbitral, de seus próprios julgados.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20137/a-possibilidade-de-execucao-pelo-juiz-arbitral-de-seus-proprios-julgados/1?fb_locale=pt_BR>. Acesso em: 15 jan.2015.

Ainda é importante ressaltar que os custos para iniciar o procedimento arbitral impossibilitam seu acesso à toda a população, sobre o tema, aclara o Juiz Trabalhista Marcelo Tolomei Teixeira:

(...) a arbitragem na forma que foi disciplinada pela atual legislação, trata-se de mais uma etapa da política neoliberal, é uma Justiça que funciona bem para regular os conflitos interclasses, desconsiderando, contudo, os excluídos, os explorados, que só poderiam aproveitarem-se de tal instituto dentro de outros modelos, como os acima transcritos, em que é assegurada a gratuidade de acesso e a legitimidade dos árbitros.¹⁷⁴

Quanto à “imoralidade” do instituto arbitral, alguns incidentes mostram que as pessoas estão tentando ganhar vantagem em cima da condição de juiz arbitral, e, ainda, tem quem venda carteiras que garantem ao detentor o título de juiz arbitral, erroneamente, já que esta não é uma profissão. O árbitro é apenas designado pelas partes para solucionar aquele litígio específico.

Em Pernambuco, em abril de 2014, foi preso um homem que utilizava uma carteira de juiz arbitral para situações cotidianas e alega tê-la comprado por R\$ 1.400,00.¹⁷⁵ Como ele, outros tantos casos têm sido encontrados, detentores de carteiras falsas de uma profissão que nem existe.

As instituições que emitem esse tipo de documento, ou que oferecem curso para garantir a criação de juízes arbitrais também estão sendo investigadas, encontradas através de seus e-mails e publicidades:

O CNJ – Conselho Nacional de Justiça, as Procuradorias da República do Rio de Janeiro e de Pernambuco, o Ministério Público do Distrito Federal, a Procuradoria Distrital dos Direitos do Cidadão e a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor em Brasília, emitiram em conjunto a Recomendação nº 003/2009, de 21/09/2009, onde veementemente condenam estes abusos e a indução da população a erro. O outro órgão sobre o qual o Conima requereu investigação denomina-se com o pomposo nome de “*Tribunal de Justiça Arbitral Mercosul*”, oferece curso de arbitragem a ser ministrado pelo Exmo. Dr. Luiz Vitor, que intitula-se “*Juiz Procurador Geral do Tribunal de Justiça Arbitral Mercosul*”, e cujo contato é o também Exmo. Dr. Bonifácio F. Lopes, cujo cargo é o de “*Juiz da 1ª Corte da 23ª Turma do Tribunal Arbitral Mercosul*”. O curso com a respectiva “carteira de juiz” custam módicos R\$ 5.000,00 segundo uma pessoa que foi se inscrever, mas não o fez,

¹⁷⁴ TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. **Arbitragem: Suas Possibilidades Sociais**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1177-1191-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 fev.2015.

¹⁷⁵ VIEIRA, Camilo Barbosa. **Falso Juiz é preso utilizando carteira falsa de membro do TJ Arbitral do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.professorcamilobarbosa.com.br/2014/04/falso-juiz-e-preso-utilizando-carteira.html>>. Acesso em: 16 dez.2014.

quando percebeu a “picarbitragem”. A Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da ONU – United Nations Commission For a International Trade Law, também conhecida como Uncitral, dilucida que os termos “tribunal”, “junta”, “corte” designam um organismo ou órgão do sistema judiciário de um Estado; portanto, privativa de órgãos judiciais estatais e proibida em instituições privadas. Recomenda que se evite a constituição de entidades denominadas “associação de juizes arbitrais” ou expressões assemelhadas.¹⁷⁶

Utilizando das palavras de Adriana S. Silva: “a má divulgação da arbitragem, por meio de câmaras arbitrais não idôneas, pode vir a piorar o atual quadro desse instituto no Brasil, desmoralizando, ao final, um meio viável de solução de controvérsias”.¹⁷⁷

A verdade é que, além da falta de conhecimento pela população desse instituto, as pessoas que conhecem e se deparam com esse tipo de acontecimento perdem a fé na arbitragem como um todo. Para que essas situações também não sejam mais corriqueiras, a resposta continua sendo a educação, pois pessoas que conhecem o que é a arbitragem e o dever de árbitro, não seriam enganadas por cursos como os supracitados.

4.5.3 A Arbitragem como um “Auxílio” ao Judiciário

Analisando o que foi tratado até aqui, é visto que a Arbitragem na verdade não surge como uma cura milagrosa para a morosidade do Judiciário, mas sim como uma ajuda em causas que esta possa se responsabilizar. Embora a maioria das causas paradas no Poder Judiciário não tratem de direitos patrimoniais disponíveis, retirando estas do julgamento daquela instituição já demonstra um alívio no peso dado aos magistrados.

Considerando o aumento da demanda com a quantidade dos processos que já estavam acumulados, é necessário a abertura para novos horizontes como o da arbitragem, que permite julgamentos sensatos e coerentes, desde que se atentem para idoneidade da instituição, mais rápidos e, considerados, mais “amigáveis”.

¹⁷⁶ Informativo Conima – Órgão oficial do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – n. 03 Agosto/Setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/informativos/informativo03/amazonas.html>>. Acesso em: 16 dez.2014.

¹⁷⁷ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 178.

Conforme ensina Adriana S. Silva:

A Jurisdição estatal, infelizmente, não tem conseguido realizar a justiça de que se necessita. Constata-se, ademais, que a jurisdição, por meios tradicionais de acesso à Justiça, tem inviabilizado o provimento da solução das controvérsias e, conseqüentemente, da pacificação social.

A arbitragem pode, ao menos em algumas matérias específicas, satisfazer essas pretensões.

(...)

A arbitragem é, portanto, uma alternativa viável, principalmente para desafogar o Judiciário dos litígios que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, no entanto, não se pode pensar nela como remédio milagroso para todos os males e solucionador de todos os problemas do Poder Judiciário.¹⁷⁸

Embora ainda existam muitos preconceitos da população brasileira com a Arbitragem, acreditando que apenas o Judiciário pode resolver seus litígios de forma justa, ou, ainda, vendo notícias que relacionam o uso da arbitragem com instituições inidôneas, a quantidade de ações confiadas à via arbitral tem aumentado, o que simboliza uma evolução na mentalidade da sociedade, que ainda tem um caminho longo a percorrer.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Ibid., p. 180 e 182.

¹⁷⁹ Um exemplo desse preconceito da população com a utilização da via arbitral está nos defensores da inconstitucionalidade de disposições de arbitragem para contratos administrativos, mesmo após tantas discussões a esse respeito ou mesmo decisões em favor da possibilidade de resolução de contratos administrativos pela arbitragem.

Sobre o tema, elucida Salomão: “doutrina tradicional não consegue aceitar a alternativa de aplicação da arbitragem para a solução dos conflitos tendo como figura os contratos administrativos, ou seja, os contratos envolvendo a Administração Pública e o particular sob a alegação de que não existe norma legal que justifique este procedimento e podendo a vir a ferir o princípio constitucional da legalidade, onde o Poder Público somente pode agir tendo permissão legal para assim executar seus atos.” SALOMÃO, Wiliander França. **A arbitragem na administração pública**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9627&revista_caderno=4>. Acesso em 16 jan.2015.

5 CONCLUSÃO

Vislumbrou-se, portanto, que os direitos fundamentais possuem significativa importância para o bom andamento de diversas esferas do direito, pois, através de seu respeito é que o ser humano poderá conquistar uma vida digna.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 é considerada um marco aos direitos fundamentais, tendo em vista os vinte anos de Regime Militar focados na opressão e na limitação dos direitos de liberdade e igualdade. Na atual Constituição observa-se uma notável preocupação com os direitos fundamentais por ela elencados no longo rol previsto em seu Título II.

Os direitos fundamentais possuem algumas características consideradas mais marcantes como: universalidade, historicidade, inalienabilidade, constitucionalização, vinculação dos poderes públicos e aplicabilidade imediata, além de serem divididos em três dimensões.

Dentre estes direitos, ressalta-se o acesso à justiça, o qual, embora simbolize que todos têm direitos iguais de ingressar no Judiciário e não devem ter esse acesso obstruído, idealmente, como visto, não limita a esfera de acesso apenas à via judicial em si, portanto, pode também implicar na utilização de outras formas de resolução de litígios, já que a posição do Judiciário é de melhor atender às necessidades da população, da forma mais breve possível, assim indicando qual via seria a mais adequada. Mesmo dentro deste panorama, a vontade das partes continua em primeiro lugar, cabendo a estas optar pela forma que melhor satisfaça seus interesses.

Cada vez mais os meios alternativos de resolução conflitos, foco da terceira onda de Cappelletti, estão sendo conhecidos pela comunidade, ainda precisam, porém, derrubar alguns obstáculos antes de alcançar seu total potencial. O novo CPC brasileiro, demonstrando a evolução do instituto no país, tenta corresponder às expectativas de uma maior celeridade no Judiciário, estimulando os meios consensuais de resolução de litígios, por meio de uma etapa praticamente obrigatória de composição, bem como reconhecendo o papel da arbitragem privada como principal meio auxiliar do Judiciário no combate à morosidade.

A arbitragem possui muitas vantagens em relação ao Judiciário e, embora não possa por si só diminuir o número de demandas pendentes de forma significativa, já que nem todos os litígios detêm arbitrabilidade objetiva, pode retirar da apreciação do Judiciário as questões de direito patrimonial disponível, já representando alguma mudança na realidade judicial.

Portanto, o que é necessário é uma reeducação da população para deixar de lado este estigma da cultura do litígio, com o pensamento de que toda e qualquer controvérsia deva ser levada à análise de um terceiro representado pelo juiz estatal. O ser humano deve reaprender a resolver seus conflitos pacificamente, de forma não litigiosa, se fazendo valer da comunicação com a outra parte, de modo a prezar pela preservação das relações pessoais existentes, utilizando, se necessário, da negociação, da conciliação ou da mediação.

Quando não possível resolver o conflito desse modo, dependendo da matéria de que se trata a disputa, a população precisa verificar a possibilidade de solucioná-la pela via arbitral, que pode ser mais célere, menos custosa, que respeita o princípio da confidencialidade e que permite que o contrato continue eficaz enquanto a melhor solução é alcançada pelo árbitro. Além disso, as partes possuem maior possibilidade de continuar contratando entre si quando sujeitas à um procedimento arbitral do que ao judicial, que acaba sendo mais desgastante para ambos os lados. Portanto, vale a pena investir no instituto e confiar que uma decisão justa possa ser alcançada por métodos extrajudiciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Arbitragem: questões polêmicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3183>>.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 3, n. 9, 2006, p. 13-21.

ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. **Fundamentalidade dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/artigos/fundamentalidade-dos-direitos-humanos>>.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. Vol. 53. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

_____. **Constituição e Arbitragem: dever de revelação, devido processo legal**. Revista do Advogado. Ano XXXIII, n. 119, 2013, p. 103-109.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça n. 3, abr./jun, p. 82-93, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

BOSCO LEE, João; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. **A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal?** Revista Brasileira de Arbitragem (Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB). Volume Volume IV Issue 14. 2007, p. 9 – 22.

BOSCO LEE, João; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A Arbitragem no Brasil**. 1ª Ed. Programa CACB-BID de Fortalecimento da Arbitragem e da Mediação Comercial no Brasil. Brasília/DF – 2001.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Resolução CNJ 125/2010**. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº. 9.307/96**. 4ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CASTRO, Eduardo Spinola e; SPINOLA, Andrea; SEQUEIRA, Castro Villela. **O Futuro da Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei n. 2.937/2011**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. N. 161-162, Janeiro 2012.

CEMA – CENTRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM LTDA. **Lei de Arbitragem completa 18 anos de vigência em via de reforma**. Notícia datada de 19.11.2014. Disponível em <<http://centrodearbitragem.blogspot.com.br/2014/12/lei-de-arbitragem-completa-18-anos-de.html>>.

CHOEYPANT, Marisa. **A Cláusula Compromissória**. Revista de Direito dos Monitores da UFF.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

DELGADO, José Augusto. **A Arbitragem no Brasil – Evolução Histórica e Conceitual**. Revista de Direito Renovar, n. 17, p. 1-24, maio/ago. 2000.

DIAMVUTU, Lino. **O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária**. Disponível em: <arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc>.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 78.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIZ, Fernando Martín. **Resolução Alternativa de Litígios: Experiências e propostas.** In: FONSECA, Isabel Celeste M. (Coord.). **A Arbitragem Administrativa e Tributária.** 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 103-133.

FINDELSTEIN, Cláudio. **A Questão da Arbitrabilidade.** Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. 4, Cap. 13, p. 24-30. 2007.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'Arbitrage Commercial International.** Litec, Paris, 1996.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios.** 3ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A. 2014.

GREBLER, Eduardo. **A Ética dos Árbitros.** Revista Brasileira de Arbitragem, (Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB). Volume X, Issue 40. 2013, p. 72 – 77.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Tradução por: Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Sérgio Fabris Editor, 1997.

HWANG, Michael; LIM, Kevin. **Corruption in Arbitration - Law and Reality** (expanded version of Herbert Smith-SMU Asian Arbitration Lecture, 4 August 2011, Singapore; forthcoming AIAJ).

JUDICE, José Miguel. **Arbitragem e mediação: separados à nascença?** Revista Brasileira de Arbitragem, ano IV, n.º 14, abril-junho de 2007, p. 127-136.

JUNQUEIRA, Clariana. **A possibilidade de execução, pelo juiz arbitral, de seus próprios julgados.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20137/a-possibilidade-de-execucao-pelo-juiz-arbitral-de-seus-proprios-julgados/1?fb_locale=pt_BR>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009

LIMA FILHO, Geraldo Luiz dos Santos. **Arbitragem, Direito do Consumidor e Empreendedorismo Virtuoso.** Publicado em 11.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34144/arbitragem-direito-do-consumidor-e-empreendedorismo-virtuoso>>.

MACHADO, Maria Olívia. **Escritórios Jurídicos e as Mudanças no Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215349,81042-Escritorios+juridicos+e+as+mudancas+no+Codigo+de+Processo+Civil>>.

MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem como “Saída” do Poder Judiciário.* In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.) – **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 359-380.

MARTINS, Geiza; MATZUURA, Lilian. **Atalhos da Justiça: Judiciário não tem como competir com a Arbitragem.** Entrevista de Carlos Nehring para a Conjур, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-23/entrevista-carlos-nehring-netto-advogado-especialista-arbitragem>>.

MASSALI, Wilson Euclides Guazzi; CACHAPUZ, Rozane da Rosa Cachapuz. **Arbitragem: Uma Saída Liberal à Crise do Judiciário.** Revista Scentia Iuris, Londrina v. 15, n. 2, p. 165-183, dez. 2011.

MEGUER, Maria de Fatima Batista; COSTA, Andrea Abrahão. **Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculos à pacificação social?.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12367>.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais e Ordem Social.** In: MIRANDA, Jorge. Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais. 1. Ed. Estoril: Princípia Editora, Lda., 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Volume V, Editora Forense, Rio de Janeiro: 2010.

MUNIZ, Petrônio R. G. **Operação Arbiter.** Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005.

NETTO, Carlos Nehring. **National Report for Brazil (2011)** in Jan Paulsson (ed), International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 66, September 2011, p. 1 – 36.

PASKIN NETO, Max. **Honorários Advocatícios Sucumbenciais à Luz do Direito Comparado e seu Papel como um dos Fatores da Jurisdicionalização Excessiva dos Conflitos no Brasil.** Disponível em: <http://maxpaskin.jusbrasil.com.br/artigos/118679456/honorarios-advocaticios-sucumbenciais-a-luz-do-direito-comparado-e-seu-papel-como-um-dos-fatores-da-jurisdicionalizacao-excessiva-dos-conflitos-no-brasil>>.

PICORELLI, Fernanda Estevão. **Constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2899, 9 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19295>>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21>.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas relações de consumo.** Curitiba: Juruá, 2006.

ROQUE, Prof. Sebastião José. **Arbitragem: A solução Viável.** 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2009.

SALOMÃO, Wiliander França. **A arbitragem na administração pública.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9627&revista_caderno=4>.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Sérgio Oliveira de. **Regulamentação de Procedimentos Arbitrais no Novo Código do Processo Civil**. Disponível em: <<http://sergiooliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/116475616/confira-como-ficara-a-arbitragem-no-novo-cpc>>.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. v.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 83-88 **Temas de Direito Público**. v.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, Paulo Vitor de Sousa. **Arbitragem no Brasil**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14424&revista_caderno=7>.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. **Arbitragem: Suas Possibilidades Sociais**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1177-1191-1-PB.pdf>>.

TELES, Miguel Galvão, **Aspectos constitucionais da arbitragem**. Jan/2009. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/estudos/index.php>>.

TORRES, Ana Flavia Melo. **Acesso à Justiça**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>.

VIANA, Jonatas. **Arbitragem: Uma visão constitucional**. **Temas Atuais de Processo Civil**, v. 2, p. 2, 2012.

VIEIRA, Camilo Barbosa. **Falso Juiz é preso utilizando carteira falsa de membro do TJ Arbitral do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.professorcamilobarbosa.com.br/2014/04/falso-juiz-e-preso-utilizando-carteira.html>>.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>.

ÍNDICE

RESUMO.....	IX
ABSTRACT.....	X
1 INTRODUÇÃO	11
2 O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO	13
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1.1 A Positivação dos Direitos Fundamentais	14
2.1.2 Direitos Fundamentais x Direitos Humanos	15
2.1.3 Características dos Direitos Fundamentais	17
2.1.4 Dimensões dos Direitos Fundamentais	19
2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988	23
2.3 ANALISAR CRITICAMENTE AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS	27
2.3.1 Os Direitos Fundamentais como Limitadores	28
2.4 ACESSO À JUSTIÇA	29
2.4.1 Impedimentos ao Acesso à Justiça	31
2.4.2 Remédios para a concretização do Acesso à Justiça	33
2.5 MOROSIDADE	35
3 BUSCA DE RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS	38
3.1 PANORAMA GERAL.....	38
3.2 FORMAS DE RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LITÍGIOS	39
3.2.1 Negociação	40
3.2.2 Conciliação.....	41
3.2.3 Mediação.....	43
3.2.4 Distinções entre Mediação e Conciliação	48
3.2.5 Resolução CNJ 125/2010.....	49
4 A ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA À MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO.....	52
4.1 A ARBITRAGEM NO BRASIL	53
4.1.1 Contextualização Histórica	53
4.1.1.1 Contexto Histórico da Arbitragem no Brasil	54
4.1.2 A Lei 9.307/96	58
4.1.2.1 Constitucionalidade da Lei de Arbitragem	59

4.1.2.2 Ratificação da Convenção de Nova Iorque	62
4.1.2.3 Comparação entre a Convenção de Nova Iorque e a Lei Brasileira de Arbitragem	63
4.1.3 O novo Código de Processo Civil	65
4.1.4 Projeto de Lei 7.108/2014	66
4.2 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	68
4.2.1 Cláusula Compromissória	68
4.2.1.1 Classificação da Cláusula Compromissória	69
4.2.1.2 A Autonomia da Cláusula Compromissória	69
4.2.1.3 Princípio da <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	70
4.2.1.4 Cláusula Compromissória e seu Efeito Vinculativo	71
4.2.1.5 Forma da Cláusula Arbitral	72
4.2.2 Compromisso Arbitral	74
4.2.3 Arbitrabilidade	74
4.3 ÁRBITROS	76
4.3.1 Capacidade para ser Árbitro.....	76
4.3.2 Nomeação dos Árbitros	77
4.3.3 Qualidades do Árbitro	78
4.3.4 Pagamento das despesas	79
4.3.5 Dever de Revelação do Árbitro	80
4.3.6 Ética dos Árbitros	82
4.4 SENTENÇA ARBITRAL	84
4.4.1 Prazos	84
4.4.2 Características	85
4.4.3 Requisitos.....	86
4.5 A ARBITRAGEM COMO UMA “SAÍDA”	88
4.5.1 Vantagens da Escolha pelo Juízo Arbitral	89
4.5.2 Desvantagens da Arbitragem	92
4.5.3 A Arbitragem como um “Auxílio” ao Judiciário.....	94
5 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS.....	98
ANEXO	107

ANEXO

Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

Disposições Gerais

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente,

com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III

Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário

competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de

litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei;
e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual,

conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.9.1996